

جامعة آل البيت

كلية الدراسات العليا

٧/٧
٧/٧

حماية الغير حسن النية
في القانون المدني الأردني

"دراسة مقارنة"

**Protection of The Good Faith Third Party
in Jordanian Civil Law
"Comparative Study"**

إعداد

حسان مجني فارس المجالي



إشراف

د. غازي أبو عرابي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون المدني

آب ٢٠٠٣

نوقشت هذه الرسالة ولجيزت بتاريخ ٢٠٠٣/ ٨/ ٢٨

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور غازي أبو عربي

الدكتور يزيد نصير

الدكتور عبد الله السوفاني

الدكتور مرون الإبراهيم

التوقيع

مشرفاً ورئيساً

عضواً

عضواً

عضواً

كففى بك أن ترى الموت شافياً

وحسب المنايا أن يكن أمانياً*

* إلى أن تستعيد الذات العربية وعيها.

الإهداء

إلى روح الشقيقة الغالية (أم رشاد) التي أورتني
رحيلها المفاجئ جزعاً يطول وألماً لا يزول
إلى والدي - عافاهما الله.

شكر وثناء

لا يسعني وقد فرغت من إعداد هذه الأطروحة إلا أن أتقدم بالشكر مقروناً بالعرفان والمحبة للأخ الكبير، الدكتور غلزي أبو عرابي والذي تجشم عناء الإشراف على هذه الأطروحة رغم ازدحام مسؤولياته الأكاديمية وتنوعها، فكان لحرصه الدؤوب على التواصل معي وتوجيهاته الحكيمة أكبر الأثر في نفسي أولاً وفي إنجاز هذه الأطروحة ثانياً.

كما أتوجه بالشكر للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تكريمهم بمناقشة هذه الأطروحة.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر لكل من الأخ صايل الحسين على روحه الودودة وتفانيه في طباعة هذه الأطروحة وإخراجها بالشكل اللائق. والأخ غسان الرواشدة الذي تفضل بترجمة خلاصة الدراسة إلى اللغة الإنجليزية.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
قرار لجنة المناقشة	ب
الإهداء	د
شكر وتقدير	هـ
المحتويات	و
الملخص باللغة العربية	س
المقدمة	٢
الفصل الأول: مفهوم حماية الغير حسن النية	٧
المبحث الأول: ماهية الحماية	٨
المطلب الأول: قوام فكرة الحماية	٨
المطلب الثاني: وظيفة فكرة الحماية	١٥
الفرع الأول: الأكرار الوظيفية للحماية	١٦
أولاً: الدور الإنشائي للحماية	١٦
ثانياً: الدور التفضيلي للحماية	١٨
ثالثاً: الدور الوقائي للحماية	١٨
الفرع الثاني: أهمية الحماية	١٩

- ١٩ أولاً: الأهمية الاجتماعية للحماية
- ٢٠ ثانياً: الأهمية القانونية للحماية
- ٢١ المطلب الثالث: تطبيقات حماية الغير حسن النية في فروع القانون الأخرى
- ٢٢ الفرع الأول: في نطاق القانون التجاري
- ٢٢ أولاً: في نطاق نظرية الشركة الفعلية
- ٢٧ ثانياً: في إطار قاعدة تطهير النفوع
- ٣٠ للفرع الثاني: حماية الغير حسن النية في نطاق القانون العام
- ٣١ أولاً: في نطاق القانون الإداري
- ٣٣ ثانياً: في نطاق قانون العقوبات
- ٣٦ المبحث الثاني: طبيعة الحماية وتمييزها عما يشتبه بها
- ٣٧ المطلب الأول: الطبيعة الاستثنائية للحماية
- ٣٧ الفرع الأول: استثناء على النظم ذات الأثر الرجعي
- ٣٧ أولاً: استثناء على الأثر الرجعي للفسخ
- ٤٣ ثانياً: استثناء على الأثر الرجعي للبطلان
- ثالثاً: استثناء على الأثر الرجعي الناشئ عن عدم إجازة
- ٤٦ العقد الموقوف
- ٥٠ للفرع الثاني: استثناء على المبادئ المستقرة في القانون المدني

- ٥١ أولاً: استثناء على مبدأ سلطان الإدارة
- ٥٦ ثانياً: استثناء على مبدأ نسبية العقد
- ٥٨ ثالثاً: استثناء على مبدأ سرية التصرف القانوني
- ٦٠ المطلب الثاني: تمييز الحماية عما يشبه بها
- ٦٠ الفرع الأول: مفهوم حسن النية في إطار هذه الدراسة
- ٦١ أولاً: معنى حسن النية المستبعد
- ٦٢ ثانياً: حسن النية بالمعنى المقصود في هذه الدراسة
- الفرع الثاني: الأثر المترتب على اعتبار حسن النية مناط
- ٦٣ حماية الغير
- أولاً: استبعاد الحماية الناشئة للغير عن قاعدة (القبض في
- ٦٣ العقد للفاقد يفيد المالك)
- ثانياً: استبعاد الحماية المقررة للغير في قانون
- ٦٥ التسوية
- ٦٨ الفصل الثاني: الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية
- ٧١ المبحث الأول: الأساس القانوني المتمثل في نظرية الأوضاع الظاهرة
- ٧٢ المطلب الأول: مدلول الظاهر
- ٧٢ الفرع الأول: تعريف الظاهر

- ٧٥ الفرع الثاني: الأساس القانوني للظاهر
- ٧٦ أولاً: اللجوء إلى فكرة الخطأ
- ٧٦ ثانياً: اللجوء إلى فكرة الثقة المشروعة
- ٧٧ ثالثاً: اللجوء إلى فكرة المخاطر وتحمل النتيجة
- ٧٧ رابعاً: اللجوء إلى فكرة النيابة
- ٧٨ خامساً: اللجوء إلى فكرة الظاهر ذاتها
- ٧٩ الفرع الثالث: وحدة مفهوم الغير في إطار نظرية الأوضاع الظاهرة
- ٨١ المطلب الثاني: أركان الظاهر
- ٨٢ الفرع الأول: الركن المادي للظاهر
- ٨٤ الفرع الثاني: الركن المعنوي للظاهر
- ٨٥ أولاً: حسن النية
- ٨٧ ثانياً: الغلط الشائع (المعقول)
- ٩٠ المطلب الثالث: النطاق التطبيقي للظاهر
- ٩١ الفرع الأول: نطاق تطبيق الظاهر في القانون المدني الأردني
- ٩١ أولاً: التطبيقات التشريعية للظاهر
- ٩٧ ثانياً: موقف محكمة التمييز من الظاهر
- ١٠٠ الفرع الثاني: نطاق تطبيق الظاهر في القوانين المدنية المقارنة

- ١٠٦ المبحث الثاني: الأساس القانوني الذي يتجاوز فكرة الأوضاع الظاهرة
- المطلب الأول: الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في إطار
- ١٠٧ للصورية
- ١٠٧ الفرع الأول: الارتكاز إلى فكرة الخطأ الموجب للتعويض
- ١٠٩ الفرع الثاني: الارتكاز إلى فكرة المشاطرة في الحق
- ١١٠ الفرع الثالث: الارتكاز لفكرة العقوبة الخاصة
- ١١٢ الفرع الرابع: الارتكاز إلى فكرة الأوضاع للظاهرة
- الفرع الخامس: الأساس القانوني المقترح لحماية الغير حسن
- ١١٤ النية في إطار الصورية
- المطلب الثاني: الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية المستند
- ١١٦ إلى مركز قانوني
- ١٢٦ الفصل الثالث: أحكام حماية الغير حسن النية المستندة إلى نظرية الظاهر
- ١٢٧ المبحث الأول: في نطاق الوكالة الظاهرة
- ١٢٨ للمطلب الأول: أحوال قيام للوكالة الظاهرة
- ١٢٩ الفرع الأول: أعمال الوكالة رغم انقضائها
- ١٣٢ الفرع الثاني: أعمال أثر الوكالة رغم انعدامها

- المطلب الثاني: شروط أعمال الوكالة الطاهرة ١٣٨
- الفرع الأول: تحقق الركن المادي ١٣٨
- أولاً: أن يعمل الوكيل باسم الأصيل دون نيابة ١٣٨
- ثانياً: أن يكون المظهر الخارجي للوكالة منسوباً إلى الموكل ١٣٩
- الفرع الثاني: توافر الركن المعنوي ١٤٣
- المبحث الثاني: الملكية الظاهرة ١٤٨
- المطلب الأول: حماية الحائز للعقار أو المنقول بحسن نية ١٤٩
- الفرع الأول: مضمون حماية الحائز حسن نية ١٥٠
- أولاً: المضمون المباشر للحماية ١٥٠
- ثانياً: المضمون غير المباشر للحماية ١٥٥
- الفرع الثاني: شروط الحماية ١٦١
- أولاً: تحقق الركن المادي الظاهر ١٦١
- ثانياً: تحقق الركن المعنوي للظاهر ١٦٥
- ثالثاً: استناد الحيازة إلى سبب صحيح ١٧١
- المطلب الثاني: حماية المتعامل مع المشتري ١٧٥
- من المريض مرض الموت ١٧٥
- الفرع الأول: مفهوم مرض الموت ١٧٦

- ١٧٦ أولاً: مفهوم مرض الموت
- ثانياً: تصرفات المريض مرض الموت غير النافذة في
- ١٧٧ حق ورثته أو دائنيته
- ١٨٠ الفرع الثاني: شروط الحماية
- ١٨١ أولاً: توافر الركن المادي للظاهر
- ١٨٤ ثانياً: تحقق الركن المعنوي للظاهر
- ١٨٥ ثالثاً: أن يكون للحق المكتسب حقاً عينياً يعوض
- ١٨٧ الفصل الرابع: أحكام المظاهر الأخرى للحماية
- ١٨٨ المبحث الأول: أحكام حماية الغير حسن النية في نطاق الصورية
- ١٨٨ للمطلب الأول: مفهوم الغير في الصورية
- الفرع الأول: الفئات المتيقن من اعتبارها غيراً بالنسبة
- ١٨٩ لأنظر الصورية
- ١٨٩ أولاً: الدائنون العاديون
- ١٩١ ثانياً: الحلفاء للخاصون
- ١٩٥ الفرع الثاني: الفئات الغير متيقن من اعتبارها غيراً
- ١٩٥ أولاً: الشفيع بالنسبة لعقد البيع الصوري
- ٢٠٠ ثانياً: المنافع في عقد الاشتراط الصوري

- ٢٠٢ المطلب الثاني: شروط الحماية
- ٢٠٢ الفرع الأول: أن يكون الغير حسن النية
- ٢٠٥ الفرع الثاني: وجود مصلحة مشروعة للاحتجاج بالصورية
- ٢٠٦ المطلب الثالث: مضمون الحماية
- ٢٠٦ الفرع الأول: حق الغير في التمسك بالعقد الصوري
- ٢٠٨ الفرع الثاني: حق الغير في التمسك بالعقد المستتر
- ٢١٣ الفرع الثالث: التعارض بين مصالح الأغيار
- ٢١٥ المبحث الثاني: حماية الغير حسن النية المستند إلى مركز قانوني
- ٢١٦ المطلب الأول: الغير المكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة
- ٢١٨ الفرع الأول: موقف المشرع الأردني من تسجيل حق الإرث
- ٢٢٢ الفرع الثاني: نطاق الحماية
- ٢٢٢ أولاً: في حالة اكتساب الغير حقاً عينياً على عقار
- ٢٢٥ ثانياً: في حالة اكتساب الغير حقاً عينياً على منقول
- ٢٢٨ الفرع الثالث: شروط الحماية
- ٢٢٨ أولاً: أن يكون الطرف المتنازع معه دائناً عادياً
- ٢٢٨ ثانياً: تحقق صفة الغيرية في المتصرف إليه
- ٢٢٨ ثالثاً: توافر حسن النية في جانب الغير

٢٢٩	المطلب الثاني: العير المكتسب حقاً عينياً على المال المرهون
٢٣٠	الفرع الأول: شروط الحماية
٢٣٠	أولاً: انقضاء الرهن بصفة تبعية
٢٣٢	ثانياً: وقت اكتساب العير للحق على المال المرهون
٢٣٣	ثالثاً: الشروط المتعلقة بالغير
٢٣٣	١- تحقق صفة العيرية فيه
٢٣٤	٢- توافر حسن النية لديه
٢٣٥	الفرع الثاني: مضمون الحماية
٢٣٥	أولاً: طبيعة الحق الذي اكتسبه الغير
٢٣٦	ثانياً: تقدم حق العير على حق الدائن المرتهن الأصيل
٢٤١	الخاتمة والتوصيات
٢٥٠	المراجع
٢٥١	ملخص باللغة الإنجليزية

الملخص باللغة العربية

حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني

"دراسة مقارنة"

إعداد

حسان مجلي فارس المجالي

المشرف

الدكتور غازي أبو عرابي

يُفصّد بالحماية موضوع هذه الدراسة، بأنها تلك الحماية المقررة للغير حسن النية في مواجهة شخص يسمى صاحب الحق أو الأصل، والذي لا يحرّج عن كونه مالِكاً للمال الذي اكتسب عليه الغير حسن النية حقاً أو دائناً لمن أجرى معه الغير حسن النية تصرفه. وتؤدي تلك الحماية إلى سريان آثار التصرف الذي كان الغير حسن النية طرفاً فيه في مواجهة صاحب الحق على الرغم من كونه أجسباً عنه، أو لم تتجه إليه إرادته الحقيقية.

وتتنوع آثار حماية الغير حسن النية بين فقدان المالك ملكيته للمال محل التصرف، أو بمزاحمة الدائن الأسبق من قبل الغير حسن النية المتعامل مع مديبه بصورة تؤدي إلى تقديم الغير حسن النية -على الرغم من كونه دائناً لاحقاً- في استيفاء حقه من المال محل التصرف قبل الدائن الأسبق منه في المرتبة.

وترتكز حماية الغير حسن النية في كافة حالاتها وصورها على فكرة التنازع، فحماية الغير حسن النية لا تثار، إلا حينما يصطدم حق الغير حسن النية بحق آخر يوازيه أو أقوى منه.

وتُظهر هذه الدراسة أن هذا التنازع يأخذ مظهرين، فهو تارةً تنازع بين حق صاحب الحق المستند إلى مركز قانوني وحق الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي، وتارةً أخرى تنازع بين مركز صاحب الحق القانوني ومركز الغير حسن النية القانوني أيضاً.

ولما كان الحق المستند إلى مركز واقعي لا يقوى بحسب الأصل - على الوقوف في مواجهة الحق المستند إلى مركز بحميه للقانون، فإن تفضيل حق الغير حسن النية على الرغم من استناده إلى مركز واقعي لا بد أن يكون مؤسساً على أساس قانوني، ولذلك تعرضت هذه الدراسة لنظرية الأوضاع الظاهرة باعتبارها أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي، وحددت هذه النظرية المركز الواقعي بالوكيل الطاهر، وهو ذلك الشخص الذي يقدم نفسه إلى الغير على أنه وكيل عن شخص ما، في حين أنه لا يملك سداً في إجراء التصرف نيابة عن ذلك الشخص، أو المالك الطاهر، وهو شخص لم يكن مالكا للمال أصلاً أو زالت ملكيته له بأثر رجعي لبطال أو فسخ لحق التصرف الذي بموجبه اكتسب ملكية هذا المال.

ويقتضي قيام الغير حسن النية بإجراء التصرف مع صاحب المركز الواقعي، أو صاحب الوضع الطاهر، مراعاته، غير أن تلك المراعاة لا تتحقق إلا بتوافر شروط وصوابط وموجبات تكوّن مجموعها نظرية الأوضاع الظاهرة باعتبارها أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي.

ونظراً لكون حماية الغير حسن النية في معظم مظاهرها تثير إشكالية التنازع بين القانون والواقع، فإنها بذلك لا تعد قاعدة عامة في القانون المدني، وإنما أدرجها المشرع المدني في بعض حالات التعامل على سبيل الاستثناء. وطبيعتها الاستثنائية ترد على مبدأ الأثر الرجعي للظلم ذات الأثر الرجعي، كالنيلان والفسح والعقد الموقوف الذي لم يقترب بالإجازة ممن يملكها، حيث يؤدي الطابع الاستثنائي إلى تقييد هذا الأثر الرجعي، حماية للغير حسن النية، لأن مقتضى إعمال الأثر الرجعي، الإضرار بحقوق هذا الغير.

كما يرد هذا الاستثناء على بعض المبادئ، كمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ سببية آثار العقد ومبدأ عدم سرعان التصرف القانوني، إذ تؤدي حماية الغير حسن النية إلى عدم الاعتداد بالإرادة الحقيقية لصاحب الحق، فضلاً عن إلزامها هذا الأخير بأثر تصرف لم يكن طرفاً فيه.

وتتعدد مظاهر حماية العير حسن النية في القانون المدني الأردني، فلقد أسغ المشرع المدني حمايته على العير المتعامل مع الوكيل الظاهر والمالك للظاهر فضلاً عن حمايته من آثار التصرفات الصورية، كما أصفى المشرع حمايته على الغير المستند إلى مركز قانوني وهو ذلك الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال الشركة المدبنة أو حقاً على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته من جديد.

وطهر من خلال دراسة أحكام حماية العير حسن النية أن نطاق الحماية المقررة للعير حسن النية في القانون المدني الأردني، صيق إذا ما فورن بنطاق الحماية في القوانين المدنية المقارنة وهي كل من القانون المدني المصري والسوري والعراقي.

وقد نوقشت هذه الموضوعات تفصيلاً بصورة مقارنة مع القوانين المدنية في كل من مصر وسوريا والعراق. وتصممت الدراسة مجموعة من النتائج والتوصيات القاصية بتعديل بعض نصوص القانون المدني أو إضافة مواد جديدة بهدف إيجاد قدر من المواءمة والتسوازن بين حق الغير حسن النية وحق من يباذعه مالكاً كان أم دائناً.

مقدمة

مقدمة

١- طبيعة الموضوع:

يعتبر مفهوم (الغير حسن النية) من أكثر المفاهيم تدلواً وشيوعاً في الحقل القانوني بصفة عامة، وفي ميدان العلاقات القانونية الخاصة بصورة أكثر خصوصية. ويراد باستخدام هذا المفهوم بصورة مطلقة تحنيب هذه الطائفة عدم الاعتراف بأثار تصرفات كانت طرفاً فيها، وجرى خلافاً لما يقتضيه المنطق القانوني السليم أو للقواعد القانونية العامة.

وقد أدى ذبوع وشيوع هذا المفهوم، إلى الاعتقاد بسهولة وليونته، مما أدى إلى استخدامه على نحو يعوزه الانصباط والدقة في الكثير من الأحيان، فصلاً عما أداه من تعميم لهذا المفهوم، وابتعد به عن معناه الحقيقي والمقصود كمحل للحماية القانونية.

فالاعتقاد الراسخ، أن حماية العبر إنما تتعلق بمن كان أجسباً عن تصرف قانوني معين، وهذا الاعتقاد ناشئ عما ترسخ في الأذهان من أن العبر هو ذلك للشخص الأجنبى بالنسبة لتصرف قانوني معين. غير أن اردحام العلاقات القانونية وتشابكها يفرز لنا طائفة من الأعيار تتداخل في العلاقات والتصرفات القانونية ومع ذلك تظل محتفظة بصفتها لأن تداخلها وتشابكها في التصرفات القانونية يجعلها في وصع تحتاج معه إلى الحماية. وهذه الحماية، التي تؤدي إلى اعتبار طرف ما في تصرف قانوني غيراً، لا تثار إلا حينما يكون هذا للغير حسن النية.

وهذا التطور في مفهوم العبر، مرده أن المفهوم التقليدي للغير هو الأجنبى عن التصرف - لا يرتبط بصورة عامة بأي نظام حمائي له، وهو إن ارتبط بها، فيكون ذلك بمعزل

عن حسن أو سوء نيته، وهو ما يقود إلى أن تطور مفهوم الغير، بصورة تجعله محلاً للحماية، يرتبط ارتباطاً كاملاً بحسن نيته.

فمقتضى حسن النية، أن جهل شخص ما -دخل طرفاً في تصرف قانوني- ما يعتبر هذا التصرف من قابلية للزوال، إما لظلال أو فسخ أو عدم إجازة، يجعل هذا الشخص بحاجة إلى حماية كي لا يفقد ما اكتسبه من حقوق بمقتضى ذلك التصرف، وكي لا يلحقه ضرر جراء زوال آثار ذلك التصرف. وهذه الحماية تنقرر في مواجهة شخص يسمى الأصل أو صاحب الحق وسبب تسميته بذلك مرده أن التصرف القابل للزوال قد جرى على ماله دون علم منه أو إرادة. أو أن هذا التصرف قد من حقاً اكتسبه على هذا المال بموجب تصرف سابق.

ولذلك فإن تطور مفهوم الغير، يجعل من أجرى التصرف الماس بحقوق الأصل، وهو لا يعلم، بمساس هذا التصرف بحقوق شخص ثالث يسمى الأصل، غيراً بالنسبة لهذا الأصل، مما يؤدي إلى ضرورة تحقيق التوازن فيما بين هاتين المصلحتين. ولذلك فإن موضوع هذه الدراسة إنما يقوم على مبدأ الموازنة بين حق الغير حسن النية وحق آخر يوليه هو حق الأصل أو صاحب الحق.

وتحقيق هذا التوازن يراعي هاتين المصلحتين، فلا تغطي إحداهما على الأخرى إلا بما يتحقق في جانب كل منهما من مؤيدات ودعائم تقضي بتفضيل إحداها على الأخرى، وهو ما يقود إلى القول، إلى أن حماية الغير حسن النية ليست مسلمة أو بديهية، بل هي مقيدة في نطاق استثنائي مشروط.

وقد تطرق المشرع الأردني إلى حماية الغير حسن النية بالمقطع السابق بيانه، فلم يأخذ بها إلا على مسيل الاستثناء ولم يرتق بها إلى مصاف القواعد العامة، وجاراه في ذلك قضاء

محكمة التمييز، حيث اقتصر دوره على على الحائب التطبيقي للنصوص الواردة في القانون، ولعل هذا المصلك التشريعي والقضائي لا بصاهي إلى حد ما نطاق الحماية التي أقرتها التشريعات المدنية المقارنة للغير حسن النية وتطبيقاتها المتعددة وما أسفرت عنه الاجتهادات القضائية للمقارنة من تطور ملحوظ في إدراك موجبات وضرورات حماية الغير حسن النية.

٢- أهمية موضوع الدراسة:

تمكن أهمية هذه الدراسة في جدتها أولاً، وفي ضبطها وتحديد ما لبعض المفاهيم العامة في القانون المدني، وفي طرحها لإشكالية التوفيق بين القانون والواقع ثانياً.

فمن حيث الجودة، فإن هذه الدراسة تناولت موضوعاً لم يسبق تناوله في إطار كلي يحدد مدلول الحماية وطبيعتها وأساسها القانوني وأحكامها، حيث اقتصر الأمر في السابق على تناول موضوعات هذه الدراسة بصورة متناثرة كل في موضعه ودون تفصيل ودون التطرق إلى تحديد المفهوم العام لهذه الحماية.

أما من حيث ضبط وتحديد بعض المفاهيم العامة في القانون المدني، فقصود بذلك مفهومي الغير وحسن النية، إذ توصلت هذه الدراسة ما يتصف به مفهوم الغير من تنوع، وتحدد مفهومه بشكل دقيق في كل مطهر من مظاهر الحماية. أما بالنسبة لمفهوم حسن النية، فتحدد هذه الدراسة معناه العام وما يتصف به من كونه معنىً شخصياً، أي أنه يتصل بشخص الغير فضلاً عن تحديد حسن النية بمعناه التفصيلي في كل مطهر من مظاهر الحماية.

أما من حيث طرحها ومعالجتها لإشكالية التوفيق بين القانون والواقع، فإن هذه الدراسة تقوم في معظم مراحلها على إبراز فكرة التنازع بين القانون والواقع، وتؤطر المحاولات العقابية والقضائية في سبيل حل هذا التنازع في إطار من التحليل وبما يقتضيه التدرج في تناول موضوعات هذه الدراسة، على أن أهم ما تسلطت عليه الدراسة الضوء عليه هو موقف المشرع

ولتضاء الأردنيين من هذه الإشكالية ورصد مدى تدرج قضاء محكمة التمييز في فهمه لهذه الإشكالية من جهة، ومدى مقاربته لما أسفرت عنه الاجتهادات القضائية المقارنة من تأصيل المبادئ التي يمكن على ضوءها تحقيق التوافق بين القانون والواقع.

٣- منهجية الدراسة:

اتبعت هذه الدراسة منهجاً تدرج في بسط الموضوعات بحيث تم الانتقال فيه من الموضوعات الكلية إلى الموضوعات التفصيلية بصورة تيسر للقارئ التدرج في فهم مصامين هذه الدراسة، كما توصلت الأسلوب التحليلي القائم على الموارنة بين النصوص القانونية المقارنة وتحليلها تحليلًا عميقاً

وقد ألفت هذه المنهجية بطلالها على خطة الدراسة، فروعيت من خلالها آلية التدرج في عرض مصامينها وموضوعاتها، ولذلك فقد قسمت هذه الدراسة إلى أربعة فصول؛ خصص الأول منها لدراسة مفهوم حماية العير حسن النية وما يقتضيه من تبيان لمدلول الحماية ووظائفها وتطبيقاتها في فروع القانون الأخرى، فضلاً عن طبيعتها الاستثنائية وتمييزها عما يشتهر بها من صور أخرى لحماية الغير.

أما الفصل الثاني فخصص لدراسة الأساس القانوني للحماية عبر بيان الأساس القانوني المتمثل بنظرية الأوضاع الطاهرة أولاً والأساس القانوني الذي يتجاوز نظرية الأوضاع الطاهرة ثانياً.

أما الفصل الثالث، فنحاول فيه دراسة أحكام حماية العير حسن النية المستندة إلى نظرية الأوضاع الطاهرة عبر تناول أحكام الحماية في نطاق الوكالة الظاهرة والملكية الظاهرة، في حين خصص الفصل الرابع لدراسة أحكام المطاهر الأخرى للحماية والمتمثلة بحماية الغير حسن النية في نطاق الصورية أولاً والغير المستند إلى مركز قانوني ثانياً، وختمت هذه الدراسة بخاتمة شملت أبرز معالم هذه الدراسة وخلصتها وما أسفرت عنه من مقترحات وتوصيات.

الفصل الأول

مفهوم حماية الغير حسن النية

الفصل الأول

مفهوم حماية الغير حسن النية

تمهيد وتقسيم:

يكتسب تحديد مفهوم حماية الغير حسن النية أهمية كبيرة، كونه يسلط الضوء على المحائب الأساسية التي ينبغي معرفتها قبل البحث في الجوانب التفصيلية لهذه الحماية. وتحديد مفهوم الحماية يتضمن التعريف بهذه الحماية من حيث جوهرها وأهميتها وتطبيقاتها في فروع القانون الأخرى، فضلاً عن تحديد طبيعتها وكونها تقوم على سبيل الاستثناء، وترتكز على مفهوم محدد لحسن النية مما يجعلها متميزة عن بعض أوجه الحماية المقررة للغير. ويقتضي البحث في هذه الموضوعات تقسيم هذا الفصل إلى بحثين، فعرض في الأول لماهية الحماية وفي الثاني لطبيعة الحماية وتميزها.

المبحث الأول

ماهية الحماية

تمهيد:

على الرغم من تعدد مظاهر حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني واختلاف أساسها القانوني من مطهر لآخر فضلاً عن اختلاف أحكام هذه الحماية من مطهر لآخر أيضاً، فإن ذلك لا يحول دون إعطاء تصور كلي، عن هذه الحماية. ويقتضي إعطاء هذا التصور الكلي تحديد جوهر الحماية أولاً، أي الفكرة الأساسية التي تقوم عليها والذي يصدق على كافة مظاهر الحماية وتحديد أهمية هذه الحماية ووظائفها ثانياً، وللتعريف بتطبيقاتها في فروع القانون الأخرى ثالثاً، وسوف نبين هذه الموضوعات عبر ثلاثة مطالب: فنعرض في الأول لجوهر الحماية أو قوامها في حين نعرض في الثاني لأهمية الحماية ووظائفها، ونختتم هذا البحث بتطبيقات هذه الحماية في فروع القانون الخاص الأخرى عبر المطلب الثالث.

المطلب الأول

قوام فكرة الحماية

إن الوقوف على جوهر الحماية أو قوامها، يتحقق كأثر لازم لمعرفة العاية الأساسية لهذه الحماية والتمثلة بالتوفيق بين المصالح المتعارضة على نحو لا يُهتَرُ معه حق الغير. ولا يكون الغير بحاجة إلى هذه الحماية إلا حينما يوجد حق آخر يوازيه أو أقوى منه. ويمكن القول بصفة عامة أن التصرفات التي يتأثر بها مركز الغير حسن النية -على الرغم من تعددها- إلا أنها تتشابه جميعاً دون استثناء في أنها تضع هذا الغير في مواجهة صاحب الحق

والذي لا يعدو كونه مالكا للمال محل التصرف الذي اكتسب عليه الغير حقاً لو دائماً لمالك هذا المال.

وهذه المواجهة بين العير حسن النية وصاحب الحق تستوجب المفاضلة بين أحدهما^(١). والرجوع إلى فكرة التفاضل^(٢)، والاستعانة بها في سبيل تفضيل أحد الحقين على الآخر، إنما يعبر عن قوام فكرة حماية العير حسن النية والمتمثل بالتنازع بين المصالح المتعارضة، فلا يثار أمر حماية للغير حسن النية وبصورة أدق لا يكون بحاجة إلى هذه الحماية إلا إذا وجد من يباذعه فيما اكتسبه من حقوق.

ويكتسب هذا التنازع في معظم مظاهر حماية العير حسن النية طبيعة خاصة تتمثل في قيامه على خلاف مقتضى الأصول القانونية، فالأصل، ووفقاً للثابت، أن صاحب الحق سواء أكان مالكا لم دائماً لا يباذع في حقه^(٣)، فالغير الذي اكتسب حقاً على مال تعود ملكيته لأحد الأشخاص بموجب تصرف أجراه مع شخص لا يملك هذا المال وليس له صفة أو سند في إجراء التصرف عليه، لا يسرع له بحسب الأصل، أن يحتج أو يتنزع بهذا الحق الذي اكتسبه في مواجهة صاحب الحق الأصلي على هذا المال.

وهذا التنازع الذي أساسه صدور التصرف من شخص ليس له صفة أو سند في إجراءه، يترتب عليه استناد الحق الذي إكتسبه العير حسن النية على المال موضوع التصرف إلى مركز واقعي وهو مركز المتصرف مع العير أو صاحب الوصف الظاهر الذي نشأ حلقاً لحكم القانون^(٤). فالقانون لا يعطي لغير المالك الحق بالتصرف في غير ملكه، وهو إن فعل ذلك كان

(١) عدد السلام ذهني، للسجيل وحماية المتعلقين والغير، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٧٧.

(٢) مصطفى الجارحي، أحكام الظاهر في السجل العيني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٧.

(٣) ديمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، ١٩٧٧، معهد الدراسات العربية، ص ٨.

(٤) انظر، ديمان جمعة، المرجع السابق، ص ٨، ومصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٧.

التصرف موقوفاً على إجازة المالك، فإن رفض إجازته بطل التصرف مستنداً إلى وقت صدوره^(١). كما لا يحول القانون الوكيل بإجراء للتصرفات نيابة عن موكله في حال انقضاء وكالته أو انعدامها أو إذا كان تصرفه ينطوي على تجاوز لحدود هذه الوكالة ففي جميع هذه الأحوال، فإن صدور التصرف من غير ذي صفة في مال غيره دون سند أو تخويل له بالتصرف يعد مخالفة لحكم القانون، مما يعني لسحاب نتائج هذه المخالفة على كافة أنصار التصرف التي ترتبت للخبر حسن النية^(٢).

وفي مقابل هذا المركز الواقعي يقف مركز صاحب الحق، وهو مركز قانوني ثابت بمقتضى القانون سواء كان صاحب الحق مالكا للمال الذي ترتب عليه حق الغير حسن النية أو دائناً للمتعامل معه^(٣).

وعلى الرغم من أن حق الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي لا يقوى بحسب الأصل -على مزاحمة مركز صاحب الحق القانوني على اعتبار أن الحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق ناشئة عن أوضاع قانونية شاذة الأمر الذي تبدو فيه حقوق الغير -بالنظر إلى الأصول القانونية المرعية- مهددة بعدم الاعتراف بها تفضيلاً لمصلحة صاحب الحق واحتراماً لإرادته التي لم تتجه إطلاقاً لترتيب هذه الحقوق للغير، فإن المشرع الأردني والتشريعات المدنية المقارنة قد أقرت هذا التنازع وأن كان ذلك بصورة متفاوتة من تشريع لآخر، ولتاحت حسمه لصالح الغير حسن النية إذا ما نهضت في جانبه الشروط والمررات القاضية بضرورة حسم التنازع لصالحه. ويظهر ذلك في ظل القانون المدني الأردني

(١) للمادة (٢/١٧٥) من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر عبد المسمم البدرلوي، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٣٧٩، عيد الرزاق السهيوري، الوسيط، ج ١، المصادر، مجلد ١، سنة ١٩٨٣، ص ٧٤٨.

(٣) انظر، نعلان جمعه، المرجع السابق، ص ٦.

في حالة صدور التصرف للغير حسن النية من الوكيل الظاهر أو المالك الظاهر، وتعالج حالة الوكالة الظاهرة المادة (١١٤) والتي تنص ((إذا كان النائب ومن تعاقد معه بجهلان معاً وقت إبرام العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه يضاف إلى الأصل أو خلفائه))^(١).

أما حالة الملكية الظاهرة فتعالجها المواد (٥٤٧) والتي تنص ((لا يجوز فسخ بيع المريض إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً أكسب من كان حسن النية حقاً في عين المبيع لقاء عوض))^(٢) و (١١٨٢) مدني التي تنص ((إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقتربت الحيازة بحسن نية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات))^(٣).

و (١١٨٩) التي تنص ((١- لا تسمع دعوى المالك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية. ٢- وتقوم الحيازة بذاتها قرينه على الملكية ما لم يثبت غير ذلك))^(٤).

وظاهر من خلال هذه النصوص أن المشرع الأردني يعترف بآثار التصرفات الصادرة للغير حسن النية من شخص غير مخول قانوناً أو لا يملك سنداً بأجرائها، فيمكن الغير من الاحتجاج بآثار هذه التصرفات في مواجهة الأصل.

كما تتطلب هذه الحماية على تنازع بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة، ويظهر ذلك

(١) نقابل المائتين (١٠٧) مدني مصري و (١٠٨) مدني سوري.

(٢) نقابل المائتين (٤٧٨) مدني مصري و (٤٦٦) مدني سوري.

(٣) نقابل المواد (٩٦٨) مدني مصري و (٩١٨) مدني سوري و (١١٥٨) مدني عراقي.

(٤) نقابل المواد (٩٧٦) مصري و (٩٢٧) سوري و (١١٦٢) عراقي.

من خلال حماية الغير حسن النية من آثار التصرفات الصورية^(١)، ويظهر هذا التنازع في حالة تمسك الغير حسن النية بالعقد الصوري (الظاهر)^(٢)، ذلك أن الأصل أن المتعاقدين لهما أن يحتجا بإرادتهما الحقيقية التي أفرعاها في التصرف الحقيقي (المستتر)، مما يعني إمكانية احتجاحهما بعدم سريان آثار التصرف الصوري في مواجهتهما، ولكن المتعاقدين في الصورية ليس لهم خيار من أمرهم إذا تعلق الأمر بحماية الغير حسن النية الذي تعامل مع أحد المتعاقدين، فللغير حسن النية أن يحتج بالتصرف الظاهر الذي انخدع به وأجرى تصرفه مع المتعاقد الصوري تحت تأثيره. وقد أقر المشرع الأردني كما سائر التشريعات المدنية المقارنة هذا التنازع بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة وحسم هذا التنازع لمصلحة الغير حسن النية، فأتاح له الاحتجاج بأي من العقدين، الحقيقي أو الصوري أيهما محققاً لمصلحته وهذا ما تقضي به المادة (٣٦٨) من القانون المدني الأردني التي تنص ((١-إذا أبرم عقد صوري، فلداخلي المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا لجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين))^(٣).

(١) انظر، محمد وحيد الدين سوار، التمييز عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه العربي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص ٣٨٦ ٣٨٨.

(٢) أما إذا كان من مصلحة الغير حسن النية التمسك بالعقد الحقيقي الذي ستره المتعاقدان بالعقد الصوري، فلا يكون في هذه الحالة بصدد تنازع بين الإرادة الحقيقة والإرادة الظاهرة لأن مقتضى تمسك الغير حسن النية بالعقد الحقيقي إنما يعد تطبيقاً لحكم القواعد العامة القاصية بأعمال الإرادة الحقيقة للمتعاقدين.

(٣) نبال السواد (٢٤٤) مدني مصري و (٢٤٥) مدني سوري و (١٤٧) مدني عراقي.

ولا يقتصر الأمر في حماية العير حسن النية على التنازع بين القانون والواقع، إذ تكرر هذه الحماية في بعض مظاهرها تنازعا بين مركزين قانونيين، فالغير قد يقرر له حقاً بمقتضى تصرف أجراه مع شخص يملك مكنة إجراء التصرف ولكنه يزاحم في حقه من قبل شخص آخر يستند إلى مركز قانوني أيضاً، وهو في مطلق الأحوال يكون دائماً للمتصرف مع الغير. ويظهر هذا التنازع في حالة ما إذا اكتسب الغير حقاً عينياً على أموال التركة المدينة، حيث يزاحمه في حقه دائنو التركة. وقد تضمنت هذه الصورة من صور التنازع بين العير حسن النية وصاحب الحق للماندتان (١١٠٧) و (١١٢٣) من القانون المدني الأردني حيث تنص المادة (١١٠٧) ((لا يجوز للدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ثبوتها في بيان وصي التركة ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال ولهم الرجوع على الورثة في حدود ما عاد عليهم من التركة))^(١).

في حين تنص المادة (١١٢٣) ((إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً للأحكام السابقة جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى لهم على عقارات التركة التي حصل للتصرف فيها أو التي رتببت عليها حقوق عينيه لصالح الغير إذا أوقعوا عليها جزءاً لقاء ديونهم قبل تسجيل التصرفات))^(٢).

كما يظهر هذا التنازع بين العير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على المال المرهون رهناً تأميناً أو حيازياً في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته، والدائن المرتهن الذي عاد رهنه بعد زوال سبب الانقضاء وهذا ما تقرره الماندتان (١٣٦٤)^(٣) و (١٤١٩)^(٤) من القانون المدني

(١) نقابل للمدنيين (٨٩٧) مدني مصري و (٨٥٨) مدني سوري.

(٢) نقابل للمدنيين (٩١٤) مدني مصري و (٨٧٥) مدني سوري.

(٣) نقابل للمواد (١٠٨٢) مدني مصري و (١٣١٥) مدني عراقي.

(٤) نقابل للمواد (١١١٢) مصري و (١٣٤٦) عراقي.

الأردني حيث تنص المادة (١٣٦٤) مدني أردني على أنه: ((١- ينقضي الرهن بانقضاء الالتزام الموثق به. ٢- فإذا زال سبب الانقضاء عاد الرهن كما كان دون مساس بحقوق الغير حسن النية التي اكتسبها بين زوال الحق وعودته)).

في حين تنص المادة (١٤١٩) مدني أردني على أنه: ((ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين الموثق ويعود معه إذا زال السبب الذي تنقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته)).

ومن شأن تنوع مفهوم التنازع من مظهر لأخر من مظاهر حماية الغير حسن النية، أن يحدث فرقاً كبيراً في تحقيق الحماية للغير حسن النية من الناحية العملية من مظهر لأخر. فعلى الرغم من أن حماية الغير حسن النية تقوم بشكل عام على فكرة التدرج بين الحقوق الممتازة^(١)، فإن إسباغ الحماية على الغير في الأحوال التي يستند فيها إلى مركز واقعي تبدو أكثر صعوبة مما لو كان مركزه قانونياً، فحماية الغير حسن النية الذي يزاحم مركزه الواقعي مركز صاحب الحق القانوني تتقيد بصورة صارمة بضرورة أن يكون ترجيح مصلحته على الطرف الآخر مستنداً إلى شروط وموجبات تقطع عقلاً ومنطقاً بضرورة ترجيحه^(٢).

ولذلك قبل بعدم كفاية الأفكار الفلسفية التي قبلت في سبيل حسم للتنازع بين الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي وصاحب الحق المستند إلى مركز قانوني حقيقي لصالح الغير حسن النية، لأن هذه الأفكار لا تنطوي على شروط دقيقة ومبررات كاملة يكون من شأنها القطع

(١) عبد السلام دهني، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٢) فتحة قره، أحكام الوضع الظاهر، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٨، ص ١٠.

والجزم بأن العير حسن النية أولى في ترجيح مركزه^(١). ٥٩٤٣٦٠

وإزاء ذلك فقد سعى الفقه والقضاء بصورة دؤوبه إلى إيجاد مرتكز نظري يتم اللجوء إليه في كل حالة يثار فيها النزاع بين المركز الواقعي الذي يستند إليه الغير حسن النية والمركز القانوني الذي يستند إليه صاحب الحق، ونتيجة لهذه الجهود، فقد ولدت نظرية متكاملة الأركان عرفت بنظرية الأوضاع الظاهرة والتي تبدو أهميتها في أنها تضحى بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات وتأكيد الثقة فيها، حيث تقوم بتصحيح التصرف الذي يصدر من شخص يظهر بمظهر صاحب الحق ويبرمه باسمه ولحسابه وكأنه صدر من صاحب المركز الحقيقي إلى العير حسن النية^(٢).

المطلب الثاني

وظيفة الحماية وأهميتها

سلف القول، أن الوظيفة الأساسية لحماية الغير حسن النية تتمثل في ترجيح مركز الغير على مركز صاحب الحق حتى لو كان مركز هذا الأخير أقوى من مركز الغير أو يولّيه، ويترتب على ذلك أمران، أولهما أن تتخذ الوظيفة التي تؤديها الحماية عدة أدوار وثانيهما أن تتمحور عن الحماية أهمية اجتماعية وأخرى قانونية وسوف نعرض للأدوار الوظيفية للحماية ولأهميتها عبر الفرعين التاليين:

(١) من هذه الأفكار فكرة استقرار المعاملات وفكرة الثقة المشروعة للفقيه لبيعي (LEVE) وفكرة تحمل التبعه وفكرة الاستقرار الحركي، وسوف نعرض لهذه الأفكار تفصيلاً عند تناولنا النظرية الأوضاع الظاهرة كأساس قانوني لحماية العير حسن النية المستند إلى مركز واقعي. أنظر لاحقاً من صفحة ٨٣-٨٦.

(٢) انظر، فتحه قرء، المرجع السابق ص ٥٥، وعمان جمعه، المرجع السابق، ص ٢٩-٣٠، ومصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٩، وعبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص ٣٧٥، والسنهوري، المرجع السابق، ص ٧٤٨، وعموماً سوف نتناول نظرية الأوضاع الظاهرة تفصيلاً عند دراسة الأساس القانوني للحماية في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الأول

الأدوار الوظيفية للحماية

أولاً: الدور الإنشائي للحماية:

يمكن النظر إلى الدور الإنشائي للحماية في جميع الأحوال التي يصطدم فيها مركز العير الواقعي بمركز صاحب الحق القانوني، أي في جميع الأحوال التي يثور فيها التنازع بين القانون والواقع. ويتحقق هذا الدور بإنشاء حق للعير حسن النية^(١)، فالأصل -وكما أسلفنا مراراً- أن مركز الغير الواقعي لا يقوى على الوقوف قبالة مركز صاحب الحق القانوني، وأن للتصرف الصادر للغير على خلاف المقتضى القانوني ليس من شأنه أن يكسبه حقاً في مواجهة صاحب الحق. ويترتب على هذه النتيجة أن الحماية لا تكون ذات جدوى ما لم تهدف إلى إكساب الغير حسن النية حقاً في مواجهة صاحب الحق وما لم يتم الاعتراف بهذا الحق.

ولذلك فإن الحماية التي أصفها المشرع المنني على العير حسن النية المستند إلى مركز واقعي جاءت وفقاً للمنطق الذي أبديناه، حيث تتجسد هذه الحماية في إنشاء حق للغير حسن النية يوازي في قوته حق صاحب الحق أو الأصل ويتحقق هذا الدور الإنشائي في تصحيح التصرف الجاري بين الغير حسن النية وصاحب الوضع الظاهر المتصرف معه^(٢) وذلك باعتبار هذا التصرف صحيحاً كما لو أنه تم بين العير وصاحب الحق. فلو أن الأمر يتعلق بتصرف باقل لملكية شيء لاكتسب العير ملكية هذا الشيء، ويكتسب منفعة الشيء لو كان من شأن التصرف أن

(١) محسن عبد الحميد البيه، نظرية الوارث الظاهر، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٣، ص ١١.

(٢) انظر السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٠١٩، ولعمان جمعه، مرجع سابق، ص ٤٩، وعبد المنعم البناوي، مرجع سابق، ص ٢٧٥، ومحسن البيه، مرجع سابق، ص ١٢.

يُكسب هذه المنفعة، وتراً دمه إن كان من شأن التصرف أن يبرئ ذمته كما لو أوفى أجرة المسكن إلى الوكيل الطاهر عن المالك.

وفي مقابل ذلك يلزم العير بكل ما يعرضه التصرف من التزامات كدفع ثمن المبيع أو الوفاء بأجرة السكن^(١). كما أن اعتبار التصرف صحيحاً بالنسبة لصاحب الحق فيتمثل في تحمله النتيجة الأساسية للتصرف وهي اكتساب العير للحق، مما يعني فقدانها بالنسبة إليه^(٢) والجدير بالذكر أن صاحب الحق لا يفقد الحق كأثر مباشر للتصرف المبرم بين الغير وصاحب الوضع الطاهر، ذلك أنه ليس طرفاً في التصرف ولا هو ممثل فيه، فالأثر المباشر للتصرف هو كسب العير للحق، أما فقدان صاحب الحق لحقه فهو الأثر غير المباشر للتصرف، لأنه ليس نتيجة للتصرف وإنما نتيجة لكسب العير له^(٣) ومن بافلة القول أن نشير إلى أن هذا الدور الإنشائي للحماية يعود إلى كونها تستند إلى نظرية الأوضاع الظاهرة، حيث يؤدي الظاهر هذا الدور الإنشائي المتمثل بإنشاء حق للغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق عن طريق الاعتساف بالتصرف الجاري فيما بين العير وصاحب الوضع الطاهر واعتباره صحيحاً في مواجهه صاحب الحق^(٤) وقد عبرت عن هذا الدور محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر سنة ١٩٧١ والذي تضمن أنه ((يترتب على التصرفات الصادرة عن صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية، ما يترتب على التصرفات الصادرة عن صاحب المركز الحقيقي...))^(٥).

(١) نعمل جمعه، المرجع السابق، ص ٤٩-٥٠.

(٢) محسن البنية، المرجع السابق، ص ١١.

(٣) بعمان جمعه، مرجع سابق، ص ٥٠، وفي ذات المعنى، محسن البنية، المرجع السابق، ص ١١.

(٤) محسن البنية، المرجع السابق، ص ١١.

(٥) نص مني مصري ٣٠ نوفمبر ١٩٧١، لسنة ٢٠٢، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، القاعدة رقم ١٦١، ص ٩٥٩.

ثانياً: الدور التفضيلي للحماية:

وتقوم هذه الوظيفة في الحالات التي يكون فيها مركز العير حسن النية مساوياً في قوته ووجاهته لمركز صاحب الحق، حيث لا يفصل حق على آخر لاستناد كل منهما إلى تصرف قانوني صحيح، إلا أن الحماية التشريعية للعير حسن النية تأتي لتفصل حقه على حق مراحمه والذي لا يعدو أن يكون دائماً للمتصرف مع الغير، وتظهر هذه الحماية في تفصيل الحق الذي اكتسبه العير حسن النية على أموال التركة المدينة على حق الدائن لهذه التركة، كما تبدو هذه الحماية في تفصيل ما اكتسبه العير حسن النية من حقوق على المال المرهون تأمياً أم حيازه على حق الدائن المرتهن لهذا المال بعد زوال سبب انقضاء رهنه.

ونثير الوظيفة التفصيلية للحماية صعوبة في تحديد أساسها القانوني نظراً لتساوي المركزين المتعارضين^(١).

ثالثاً: الدور الوقائي للحماية:

تؤدي حماية العير حسن النية هذه الوظيفة في أبرز تطبيقاتها المتمثلة بالصورية، حيث يتجسد أثر هذه الحماية في وقاية الغير المتعامل بحسن نية مع أحد أطراف التصرف الصوري من أثار هذا التصرف إذا كان ضاراً لمصلحته، عبر إعطاءه حق التمسك بأي من العقدين الحقيقي أو الصوري أياً محققاً لمصلحته وتتطوي هذه الوظيفة على إهدار الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إذا كان من شأن العقد الحقيقي المستند أن يلحق الضرر بالعير حسن النية.

(١) سوف نتعرض لهذا الموضوع تفصيلاً عند البحث في الأساس القانوني للحماية في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الثاني

أهمية الحماية

يمكن النظر إلى أهمية حماية العير حسن النية من وجهتين، تتعلق أولاهما بالجانب الاجتماعي لهذه الحماية في حين تتعلق الثانية بالجانب القانوني.

أولاً: الأهمية الاجتماعية للحماية

تتصل الأهمية الاجتماعية لحماية العير حسن النية بالمذهب الموضوعي السذي يطبع بعض النظم القانونية بطابعه الخاص^(١)، ويقوم على الاهتمام بالمجتمع والنظر إليه نظره شاملة وعدم الوقوف عند المبادئ والنصوص القانونية موقف الجمود والتطبيق الحرفي لها والانطلاق من قاعدة أن القانون ليس إلهاً يسيطر على المجتمع ويحتويه وقواعده ليست نصوصاً مقدسة يجب أن تحصن لها بعير مناقشة. ويستند بيان المذهب الموضوعي الذي يعطي من قيمة المجتمع ويركز على أهمية حسم المنازعات القانونية استناداً إلى فكرة العدالة على العديد من النظريات كفكرة الأمان المتحرك التي نادى بها الفقيه ديموچ (DEMOGE) وفكرة استقرار التعامل التي ينظر إليها باعتبارها الوعاء الذي يجمع كافة الأفكار الفلسفية التي توضح أهمية حماية الغير حسن النية كون أن هذه الأفكار جميعها ترتد إلى وجهة واحدة وهي استقرار المعاملات^(٢)،

(١) كالقانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري، وبصفة عامة ينظر إلى التشريع الجرماني بوصفه موطناً ومركزاً للمذهب الموضوعي، محمد وحيد الدين سور، المرجع السابق، ص ٣٨٦، هامش رقم (٢).

(٢) انظر في تفصيل هذه الآراء، محسن البيه، المرجع السابق، ص ٥٩، وما بعدها، وكذلك سعودي سرحان، نحو نظرية لحماية العير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، القاهرة، ص ٨٩ وما بعدها.

وفكرة الحقوق المكتسبة القائمة على أن حماية الحق المكتسب ضرورة بذاتها لا يستقر المجتمع بدونها^(١).

وإطلاقاً من هذا المرتكز النظري تتضح الأهمية الاجتماعية لحماية الغير حسن النية، فمن جهة فإن حماية الغير حسن النية تحقق العدالة الاجتماعية، فالعدالة تقضي بضرورة حماية الغير الذي تعامل بحسن نية مع صاحب الوضع الظاهر، وهو يعتقد أنه يتعامل مع ذي صفة، وخاصة إذا كان اعتقاده مبرراً^(٢) ومن شأن ذلك الحفاظ على استقرار التعامل، والقول بخلاف ذلك يعد دعوة للجمود وتوقف للمعاملات.

كما تظهر الأهمية الاجتماعية لحماية النية في حماية للعامة الاجتماعية والتقدم الاقتصادي، وذلك لا يتحقق إلا إذا كان على حساب بعض الاعتبارات والقيم الفردية، وحماية من يستخدم الشيء وينتفع به أهم من حماية مالكه الذي يهمله^(٣).

ثانياً: الأهمية القانونية للحماية:

تكمن الأهمية القانونية للحماية في كون هذه الحماية تتحقق للغير حسن النية بصورة مباشرة وتلقائية، بمعنى أن أثر التصرف الذي أجراه الغير والذي هو مثار التنازع لا يبطئ به بحق صاحب الحق الثابت يسري مباشرة في مواجهة هذا الأخير دون الحاجة إلى واسطة لإقتضائه، ومن هنا تكتسب هذه الحماية أهميتها وجدواها بالنسبة للغير حسن النية، ذلك أن الحماية المباشرة والتلقائية تعفي الغير حسن النية من اللجوء إلى القواعد العامة لاقتضاء حقه،

(١) انظر في هذا الخصوص نعمان جمعه، المرجع السابق ص ١٣.

(٢) مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٨.

(٣) نعمان جمعه، مرجع سابق، ص ١٦.

ذلك أنه لو لم تتقرر هذه الحماية له بحيث تقرر بطلان أو عدم نفاذ التصرف الذي أجراه مع شخص لا يملك سنداً قانونياً في إجراءه، لكان يتعين عليه إذا ما أراد اقتضاء حقه أن يلجأ إلى القواعد العامة في القانون المدني كأن يلجأ إلى دعوى ضمان المستحقاق وقد يضطره الأمر إلى تقديم شكوى جزائية يبين فيها أنه وقع ضحية احتيال من شخص قدم نفسه إليه على أنه مالك للمال محل التصرف أو وكيل عن صاحب الحق.

المطلب الثالث

تطبيقات حماية الغير حسن النية في فروع القانون الأخرى

تمهيد:

لا تقتصر حماية الغير حسن النية على القانون المدني، وإنما تمتد إلى فروع القانون الأخرى، ومرد ذلك بروز التنازع بصوره المتعددة في أنواع متعددة من العلاقات القانونية الأمر الذي تطلب وجود بظام حمائي للمعير حسن النية في كل فرع من فروع القانون يظهر فيه هذا الغير بمظهر المحتاج إلى هذه الحماية ويمكن أن نتلمس هذه الحماية تحديداً في القانون التجاري وبعض فروع القانون العام وبالأخص في القانون الإداري وقانون العقوبات، وسوف ندرس تطبيق الحماية في هذه الفروع، عبر الفرعين التاليين، نبحث في الأول لحماية الغير حسن النية في نطاق القانون التجاري ونبحث في الثاني لحماية الغير حسن النية في نطاق القانون العام.

الفرع الأول: حماية الغير حسن النية في نطاق القانون التجاري

يمكن القول أن حماية الغير حسن النية تظهر أكثر ما تظهر في القانون التجاري^(١). وذلك لما يقوم عليه من صرورات السرعة في إنجاز المعاملات التجارية والائتمان الذي يعتبر عصب هذه المعاملات، وإزاء ذلك فإن القانون التجاري يبدو أكثر تساهلاً من بقية القوانين وخاصة القانون المدني في التضحية بمركز صاحب الحق في سبيل ضرورات الائتمان^(٢). وتظهر حماية الغير حسن النية في القانون التجاري بصورة مميزة في مطهرين كبيرين، أولاهما يتحقق في إطار نظرية الشركة الفعلية وثانيهما في إطار نظرية تطهير الدفوع في ميدان الأوراق التجارية. وسوف يلقي الضوء على هذين للمطهرين الكبيرين اللذين يتميز بهما القانون التجاري من خلال السندين التاليين :

أولاً: حماية الغير حسن النية في نطاق نظرية الشركة الفعلية

تعد نظرية الشركة الفعلية من أهم النظريات التي ابتدعتها القضاء من أجل حماية الغير حسن النية من الآثار الناجمة عن بطلان عقد الشركة^(٣)، وذلك لما يبطوي عليه تقرير البطلان

(١) انظر ماجد راعب العلوي، مطرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، السنة الرابعة، ١٩٨٠، العدد الأول، ص ٥٢.

(٢) سعودي سرحان، المرجع السابق، ص ٥.

(٣) يعود الفضل في استحداث نظرية الشركة الفعلية للقضاء الفرنسي وذلك في حكم شهير صدر عن محكمة باريس سنة ١٨٢٥ حيث قررت المحكمة عدم قضاء المحاكم الفرنسية على رفض نتائج بطلان الشركة التجارية متى كان في ذلك اصرار بمصلحة الغير حسن النية. لمزيد من الإيضاح راجع مفتح القصا، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٠ وما بعدها. وكذلك موري محمد سامي، الشركات التجارية، دراسة مقارنة، ١٩٩٩، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ٢٤.

من مساس صاخر بحقوق الغير الذين تعاملوا مع الشركة في الفترة الواقعة ما بين نشوء الشركة وحتى الحكم بطلانها على أنها شركة قانونية غير مشوبة بأي شكل من أشكال الإنحراف عن القانون.

وبعقد بالشركة الفعلية ((تلك التي لم يراع في تأسيسها القواعد القانونية، ومع ذلك استمرت بالعمل بشكل مشترك حتى يتقرر رسمياً أنها أصبحت غير موجودة ولا يمكن معاملتها على أنها لم توجد قط، كما لا يمكن النظر إليها على أنها مكتملة الشكل القانوني))^(١).
وينبغي على هذا التحديد القانوني للشركة الفعلية أن جميع الأنشطة التي باشرتها الشركة والتي استتق عنها علاقات قانونية مع الغير تعد قائمة فعلاً مما يعني التزام الشركة بجميع تعهداتها للغير خلال المدة بين قيامها وصدور الحكم بطلانها^(٢).

ومما سبق يتضح أن الأثر الرئيس لإعمال نظرية الشركة الفعلية يتمثل في استبعاد الأثر الرجعي لبطلان الشركة وذلك في الجانب المتعلق بتصرفاتها مع الغير حتى صدور الحكم بطلانها. غير أن تطبيق نظرية الشركة الفعلية لا يتم في جميع حالات البطلان، فإذا كان البطلان مطلقاً بأن كان ناشئاً عن مخالفة قواعد النظام العام أو الآداب العامة أو عدم مشروعية سبب الشركة أو محلها أو غياب أحد الشروط الخاصة بعقد الشركة كاستثناء فيه المشاركة أو تعدد الشركاء أو جود شرط الاسد في العقد أو عدم تقديم الحصص فلا محل لتطبيق نظرية الشركة الفعلية^(٣)، ويكون للشركاء أن يتمسكوا بهذا البطلان في مواجهة

(١) مفلح القصصاء، المرجع السابق، ص ١٠٨، وكذلك عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط١، منشورات دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ص ٦٧ وما بعدها.

(٢) عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٣) انظر سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط٢، ١٩٨٨، ص ٥٨ وما بعدها، وكذلك فوزي سامي، المرجع السابق، ص ٣٦، وفي هذا السياق يمكن تعريف شرط الاسد الذي يعتبر سبباً لبطلان عقد الشركة بطلاناً

وباستبعاد البطلان المطلق فإن نطاق نظرية الشركة الفعلية يتحدد في الأحوال التي تبطل فيها الشركة بطلاناً نسبياً. أي إغفال الشكل الواجب إتباعه عند تأسيس الشركة، ويقصد بالبطلان النسبي للشركة ذلك البطلان الناشئ عن الإحلال بأحد الأركان الموصوغة للشركة المتعلقة بأحد الشركاء، كأن يكون الشريك ناقص الأهلية أو شاب إرادته عيباً من عيوب الرضا كالعلط أو الإكراه عند تكوين الشركة^(٢)، والرأي المُجمع عليه لدى الفقه أن هذا النوع من البطلان هو الميدان الفسيح لتقرير وجود الشركة فعلياً^(٣) حيث يحول تقرير وجود الشركة فعلياً دون إسحاب آثار البطلان على الماصي إذا ما تعلق الأمر بحقوق اكتسبها الغير حسن النية جراء تعاملاته مع الشركة.

على أنه ينبغي التفرقة فيما يتعلق بالبطلان النسبي، بين ما إذا كانت الشركة من شركات الأموال أو من شركات الأشخاص، فإذا كانت الشركة من شركات الأموال كشركة للمساهمة

«مطلقاً بأنه: اتفاق الشركاء على حرمان أحدهم من الربح أو إعطاء أحدهم كل الأرباح أو إعفاء أحدهم من الخسائر». وقد نصت على هذا الشرط للمواد (٥٩٠) من القانون المدني الأردني و(٥١٥) من القانون المدني المصري و(٤٨٢) من القانون المدني السوري و(١٧٩) من قانون الشركات العراقي.

(١) مفتح الفصاه، المرجع السابق، ص ٢٦٨، وعلى الرغم من استقرار غالبية الشراح على القول بأن البطلان المطلق للشركة يحول دون إعمال فكرة الشركة الفعلية، فقد نازع بعض الشراح بأن لا ضرورة للتفرقة بين أنواع البطلان في هذا الخصوص على اعتبار أن الهدف من أعمال نظرية للشركة الفعلية هو حماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركة وأن جهل الغير بما يشوب عقد الشركة لا يختلف باختلاف سبب بطلان الشركة. انظر هذا الخصوص، إدوار عبيد، الشركات التجارية، بيروت، ١٩٦٩، ص ١٠٠.

(٢) نطر إدوار عبيد، المرجع السابق، ص ١٠٠ وما بعدها. وكذلك سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٥٨ وما بعدها. وعزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ٦٨ وما بعدها.

(٣) المرجع السابق، ص ١٠١. والقليوبي، المرجع السابق، ص ٥٨ والمكيلسي، المرجع السابق، ص ٥٦، وفوزي سامي، المرجع السابق، ص ٣٥.

مثلاً، وأنعمت أحد الأركان الموضوعية الخاصة بأحد الشركاء فيها، فإن الشركة تبطل بالنسبة له ويمكن له أن يسترد حصته دون أن يشترك في الربح وتستمر الشركة، أما إذا كانت الشركة من شركات الأشخاص فإنها ونظراً لقيامها على الاعتبار الشخصي، فإنها تعتبر باطلة ولكن هذا البطلان لا يمنع من قيام الشركة فعلاً، فتصفي فيها العلاقات على هذا الأساس^(١).

أما الحالة الأخرى من حالات بطلان الشركة والتي لا تحول دون الاعتراف بوجود الشركة بصورة فعلية فهي حالة إغفال الشكل الواجب مراعاته عند إنشاء الشركة للتجارية. وقد أخذ المشرع الأردني بهذه الحالة وأقر فكرة الشركة الفعلية في كل من القانون المدني وقانون الشركات لسنة ١٩٩٧، فالمادة (٥٨٤) من القانون المدني التي حددت أثر البطلان الناتج عن عدم كتابة عقد الشركة والمادة (١٥) من قانون الشركات تعدان السند القانوني للقول بالشركة الفعلية^(٢) فقد نصت المادة (٥٨٤) مني على أنه ((١- يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً. ٢- وإذا لم يكن العقد مكتوباً فلا يؤثر ذلك في حق الغير....)).

أما المادة (١٥) من قانون الشركات فتتص ((إن التخلي عن التقيد بإجراءات التسجيل المنصوص عليها في المواد (١١) و (١٢) و (١٤) من هذا القانون لا يمنع من تقرير وجود الشركة فعلاً أو تقرير التغير الطارئ عليها لمصلحة الغير أو من تقرير بطلان الشركة أو التغير لمصلحة الغير...)).

(١) انوار عبيد، المرجع السابق، ص ١٠١.

(٢) ذات الموقف اتخذه المشرع المصري، فيمكن إقامة الدليل على إقراره لفكرة الشركة الفعلية من خلال المادتين (٥٠٧) مدني مصري و (٥٤) من قانون التجارة لسنة (١٩٥١). كما اعترف المشرع السوري بنظرية الشركة الفعلية وبدأت الطريقة التي اعترف بها المشرعان الأردني والمصري، انظر المادتين (٤٧٥) مدني سوري و (٥٦) تجارة سوري، في حين لم يعالج المشرع العراقي مسألة بطلان الشركة، وجاء قانون الشركات العراقي الجديد رقم (٣٦) لسنة (١٩٨٣) حالياً من أي نص لمعالجة بطلان الشركة، انظر بوري خاطر، الأثر الرجعي في التصرف القانوني، رسالة ماجستير، بغداد، ١٩٨٦، ص ٢٢٧.

وبمقتضى المادتين السابقتين، فإن عدم استيفاء الشكل الواجب مراعاته عند إنشاء الشركة لا يمكن الشركاء من الاحتجاج به في مواجهة الغير ممن اكتسبوا حقوقاً على الشركة في الفترة الواقعة ما بين بداية تعاملاتهم معها وحتى الحكم ببطلانها، ولعل ذلك يأتي استجابة للضرورة العملية ورعاية لمصالح الغير حسن النية الذي إطمأن إلى قيامها وتعامل معها، ومما يؤكد هذا المعنى ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز الموقرة من حيث أن التخلف عن التنفيذ بإجراءات التسجيل لا يمنع من تقرير وجود الشركة فعلاً لمصلحة الغير أو تقرير بطلانها لمصلحته وأن للغير أن يحتج بقيام الشركة فعلاً رغم عدم تسجيلها أو يدعي ببطلانها^(١).

وعلى الرغم من تقرير الوجود الفعلي للشركة رغم بطلانها حماية للغير حسن النية، فإن فقه القابون التجاري استقر على أن للغير الحق في التمسك ببطلان عقد الشركة في الماضي مثلاً أن له الحق في التمسك بالإبقاء عليها^(٢)، فمثلاً للدائن الشخصي للشريك أن يتمسك ببطلان الشركة في الماضي ليتمكن من التنفيذ على حصة الشريك، وبالعكس فإن لدائن الشركة مصلحة في التمسك ببقاء الشركة صحيحه حتى الحكم ببطلانها ليتمكن من التنفيذ على رأسمالها دون مزاحمة من الدائنين الشخصيين للشركاء وفي حال تنازع مصالح الأعيان يفضل مصالح الدائنين الشخصيين للشركاء.

(١) تمييز حقوق رقم ٣١٤ لسنة ٨٩، مجموعة المبادئ للقانونية في القضايا الحقوقية ما بين عامي ١٩٨٩-١٩٩٢، إعداد المحامي إبراهيم أبو رحمه، ج ٧، قسم ٢، ص ٩١٨ و تمييز حقوق رقم ٨٧/٣١٤، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٧، ص ٦٢٠.

(٢) القليوبي، المرجع السابق، ص ٧٠، وأدوار عيد، مرجع سابق، ص ١٠٨، واكثم الحسولي، دروس في الشركات التجارية، ج ٢، القاهرة، ١٩٦٩، دار النهضة العربية، ص ٦٥.

ثانياً: حماية الغير حسن النية في إطار قاعدة تطهير الدفع

تعد قاعدة تطهير الدفع من أهم القواعد التي تحكم تداول الأوراق التجارية وما يقتضيه التعامل فيها من ثقة وائتمان. فالمستفيد من الورقة التجارية له أن ينقل ملكية الحق الثابت في السد إلى شخص آخر عبر تطهير السند إليه، وهذا الشخص الذي يعد غيراً يسمى حاملاً للورقة التجارية.

ونظراً لما تتطلبه عليه عملية التداول هذه للورقة التجارية من خطورة قد تمس حق الحامل الأخير للورقة فقد اسبغ المشرع حماية على هذا الحامل، وتتجلى هذه الحماية بعدم تمكن من أقيمت عليه دعوى بسندٍ سحب أن يحتج في مواجهة حامل السند حسن النية بالدفع الناشئة أو المستمدة من علاقته بساحب السند أو بحملته السابقين. وهذا ما قرره المادتان (١٤٧) و (١٤٩-٣) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ حيث تنص المادة (١٤٧) على أنه: ((ليس لمن أقيمت عليهم دعوى السند سحب أن يحتجوا على حامله بالدفع المبنية على علاقتهم الشخصية بساحب السند أو بحملته السابقين ما لم يكن حامل السند قد حصل عليه بقصد الإضرار بالمدين))^(١) كما تنص المادة (٣/١٤٩) من قانون التجارة على أنه: ((... ٣- وليس للمسؤولين عن السند أن يحتجوا على الحامل بالدفع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالمظهر ما لم يكن الحامل قد حصل على السند بقصد الإضرار بالمدين))^(٢).

(١) نبال المواد (٤٣٣) من قانون التجارة السوري و(٥٧) من قانون التجارة العراقي والمادة (٧) من اتفاقية جنيف الموحدة في حين خلا التشريع المصري من نص يقرر قاعدة تطهير الدفع إلا أن الفقه والقضاء في مصر مستقران على اعتبارها من قبيل العرف التجاري، لمزيد من الإيضاح راجع سمحة القليوبي، عمليات البنوك والأوراق التجارية، القاهرة، ١٩٨٦، دار النهضة العربية، ص ٢٤١.

(٢) نبال المادتين (٤٣٥) سوري و(٥٩) عراقي.

وعلى ذلك جرى قضاء محكمة التمييز حيث تواترت أحكامها على أن التطهير الناقل للملكية يحول دون قيام المدين الأصلي (الساحب) بالتمسك في مواجهة الحامل حسن النية (المظهر إليه) بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المظهر^(١).

ومما سبق يتبين أن حماية الغير حسن النية في إطار قاعدة تطهير الدفع مقيدة بأن يكون التطهير باقلاً للملكية وبأن تكون الدفع مما يمكن تطهيرها بالتطهير وبحسن نية الغير (الحامل).

وسوف تعرض لهذه القيود تباعاً:

١- أن يكون التطهير باقلاً للملكية أو تطهيراً تأمينياً، وبناءً عليه فلا محل لإضفاء الحماية عبر تقرير قاعدة تطهير الدفع إذا انتقل السند بطريق التطهير التوكيدي أو عن طريق الإرث أو الوصية أو الحوالة المدنية^(٢)، وينفرد عن هذا الشرط أن يكون الحامل أجنبياً عن العلاقة الناشئة عنها الدفع فيما بين المدين الأصلي في السند والمظهر، وهذا هو جوهر الحماية، لأن كون الحامل أجنبياً فإنه بذلك تتحقق صفة الغيرية بالنسبة له وينطبق عليه وصف الغير.

٢- أن تكون الدفع مما يمكن تطهيرها بالتطهير، ذلك أن هناك دفع لا يطهرها التطهير، مما يترتب عليه جواز تمسك المدين الأصلي بها في مواجهة الغير حسن النية، ومن قبيل هذه

(١) وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قصت بأن "التطهير النام بنقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية إلى المظهر إليه حسن النية بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المظهر" نقض مصري ٧٠/٦٦١ مجموعة أحكام النقض المصرية في المواد التجارية، إعداد معوض عبد التواب، ص ٣٢٢.

(٢) محمود الكيلاني، القانون التجاري الأردني، الأوراق التجارية، عمان، ١٩٩٠، ص ١٤٨.

الدفع، تلك الناشئة عن إغفال البيانات الإلزامية أو بعضها أو أي بين اختياري آخر^(١) أو الدفع الناشئة عن عدم الأهلية أو نقصها^(٢) أو الدفع القائمة على تزوير التوقيع أو بعض البيانات الإلزامية^(٣). وعلّة جواز التمسك بهذه الدفع في مواجهة حسن النية تتمثل في أن الحامل لا يُعذر بجهله بتلك الشروط إذ يكفي الإطلاع على السند لكي يتحقق من عيوبه أو شروطه.

أما الدفع التي بظهرها التطهير ويمتنع الاحتجاج بها في مواجهة الحامل حسن النية فهي للدفع الناشئة عن عدم مشروعية سبب السند أو انعدامه أو الناشئة عن عيوب الإرادة ذات الطابع الشخصي كالتغريب مع الغبن أو العلط^(٤). ومرد ذلك أن عدم مشروعية سبب السند أو عيوب الإرادة غير ظاهرة في السند مما يتعذر معه على الحملة المتعاقبين أن يتقصوا عن ظروف التزام كل موقع على السند^(٥) كما لا يحوز الاحتجاج بالدفع الناشئة عن بطلان العلاقة الأصلية أو فسخها أو انقطاعها بين المدين الأصلي والمظهر^(٦).

(١) القليوبي، علميات البنوك، مرجع سابق، ص ٢٤٣، ولادوار عيد، الإسداد التجارية، ١٩٦٦، مطبعة الجوى، بيروت، ص ٢٦٥، وأكرم ياملكي، الأوراق التجاري، عمان، ١٩٩٩، مطبعة دار الثقافة، ص ١٤٣.

(٢) ياملكي، المرجع السابق، ص ١٤٣، ومحمد حسني عباس، الأوراق التجارية، ١٩٧١، دار النهضة العربية، ص ٨٥.

(٣) عباس، مرجع سابق، ص ٨٥ وما بعدها. وياملكي، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٤) فطر ياملكي، المرجع السابق، ص ١٤٠-١٤١.

(٥) عباس، المرجع السابق، ص ٨٤ وما بعدها.

(٦) عيد، الإسداد التجارية، مرجع سابق، ص ٢٧١، وفي هذا الخصوص فقد نص المشرع المصري صراحة في المادة (١٠٨) من قانون التجارة على أن صورة السند من الدفع التي بظهرها التطهير وبالتالي لا يجوز للمدين المصرفي أن يحتج بها قبل الحامل، أنظر تفصيل ذلك لدى عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، القاهرة، ١٩٧٢، إصدار المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، ص ٧٦.

٣- توافر حسن النية لدى الحامل ومقتضى حسن النية لدى الحامل انتفاء قصد الإضرار بالمدين، بإلا يكون عالماً بأن ثمة دفرع يملكها المدين الأصلي يمكنه إثارتها في مواجهة المستفيد^(١). كما يقتضي حسن النية لدى الحامل ألا يكون متواطئاً مع المظهر بقصد حرمان المدين الصرفي من حقه في توجيه الدفع، فإذا ثبت توافر نية الإضرار بالمدين الصرفي لدى المظهر إليه بالتواطؤ مع المظهر كان سيئ النية^(٢)، وفقد حمايته. وعدم علم الحامل بالدفع، أو عدم توافقه مع المظهر للإضرار بالمدين الصرفي يشكلان معاً معياراً يمكن لمحكمة الموضوع من خلاله أن تثبت من حسن أو سوء نية الحامل، وهذا ما أكدته محكمة التمييز حيث قضت بأن : ((القاعدة القانونية تقتضي أن يكون الحامل حسن النية، والحامل لا يحتاج للتدليل على حسن نيته وإنما يقع عبء الإثبات على مدعي سوء النية بأن يثبت بأن هناك تواطؤاً بين المظهر والمظهر إليه بقصد إلحاق الضرر به وأن يثبت الكيفية التي وقع بها التواطؤ))^(٣).

الفرع الثاني

حماية الغير حسن النية في نطاق القانون العام

لا تقتصر حماية الغير حسن النية على القانون الخاص وإنما تتعداه لتظهر في نطاق القانون العام، ولكن بصورة أقل بكثير مما هي عليه في القانون الخاص. ذلك أن القانون الخاص هو المجال الذي تتشابه فيه العلاقات الفردية بعضها مع البعض الآخر على نحو يؤدي في بعض الأحيان إلى بروز أوصاف قانونية تستدعي الترحيح بين المراكز القانونية أما في القانون العام فإن احتمالات بروز التنازع في المراكز القانونية، أقل بكثير مما هو عليه الحال في القانون

(١) القليوبي، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٢) عيد، الإمداد التجارية، مرجع سابق، ص ٢٦٦، والكيلاي، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٣) تمييز حقوق رقم ٨٣/٢٧، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٣، عدد ٥٤٥.

الحاص بطراً لدخول الدولة طرفاً في العلاقات القانونية التي يحميها القانون العام. وعلى الرغم من ذلك فإن فكرة حماية الغير حسن النية وجدت لها سبيلاً إلى القانون العام وبالتحديد في القانون الإداري وفي قانون العقوبات. وعليه فسوف نبحثهما في البندين التاليين:

أولاً: حماية الغير حسن النية في نطاق القانون الإداري

يمكن القول أن النشأة القضائية للقانون الإداري ساهمت بشكل كلي في إبراز فكرة الغير حسن النية في نطاقه، إلى حيز الوجود، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي في معرض قيامه بدوره الإنشائي للكثير لقواعد وبطريات القانون العام قد كرس نظرية الطاهر - ذات الأصل المدني - في نطاق القانون الإداري^(١)، وترتب على ذلك أن تجسدت حماية الغير حسن النية في نطاق القانون الإداري في ثلاثة مظاهر أساسية:

١ - استبعاد النتائج المترتبة على سحب القرارات الإدارية إذا أضرت بحقوق الغير حسن النية

سحب القرار الإداري هو تجريده من قوته القانونية بالنسبة للماصي والمستقبل فتزول كل آثاره القانونية ويعتبر كأن لم يكن، وذلك بقرار آخر يصدر من السلطة الإدارية^(٢). غير أن هذه النتيجة قد يترتب عليها الإضرار بحقوق الغير الذي أجرى معاملاته استناداً لوجود هذا القرار ودون أن يكون عالماً بسطلاتها وتظهر العلاقة بين استبعاد النتائج المترتبة على سحب القرارات الإدارية وحماية الغير حسن النية في أعلى صورها في الإبقاء على بعض آثار القرار الفردي رقم سحبه^(٣) فالقرار الصادر من الموظف الطاهر مصيره إعدام

(١) ماجد الحلوه، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٢) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، ج ٢، العمل الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٦، ص

٧١٨ وما بعدها، وكذلك للحلوه، مرجع سابق، ص ٥٤ وما بعدها.

(٣) سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٧١٩.

الآثار الناشئة عنه بالنسبة للماضي والمستقبل غير أن اعتبارات حماية العبر حسن النية دعت إلى الإنقاء على بعض آثاره.

٢- حماية الغير حسن النية من النتائج المترتبة على بطلان العقود الإدارية

العقد الإداري هو عقد تبرمه الإدارة مستخدمة فيه أساليب القانون العام. ومن قبيل العقود الإدارية التي تظهر فيها حماية لغير حسن النية بصورة جلية عقود امتياز المرافق العامة. فهذه العقود قد ينصح بطلانها بعد أن يكون الجمهور قد أجرى تعاملاته مع المتعاقد مع الإدارة دون أن يكون عالماً بأوجه بطلان العقد. والأصل أن يربط البطلان كافة نتائجه غير أن من العدل والمصلحة ألا يؤثر هذا البطلان على حقوق المنتفعين الذين تعاملوا مع الملتزم على أساس صحة عقد الامتياز ولم يكن من المتاح لهم معرفة سبب البطلان.

٣- حماية الغير حسن النية في إطار نظرية الموظف الفعلي

تعتبر نظرية الموظف الفعلي أهم تطبيقات حماية العبر حسن النية في نطاق القانون الإداري، بل وفي القانون العام كله ويعود الفضل في إرساء قواعد هذه النظرية لمجلس الدولة الفرنسي والذي أرساها في معرض نظره للدعوى التي راعى فيها ضرورة الحفاظ على استقرار التعامل وحماية المصلحة العامة^(١). ومقتضى نظرية الموظف الفعلي، الاعتراف بصحة التصرفات الصادرة من شخص لا يستند إلى أي سند قانوني في إجراءاتها^(٢)، فالموظف الفعلي هو ذلك الشخص الذي تكحل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وطيفة عامة متخذاً مظهر

(١) لا تبرز حماية العبر حسن النية في إطار نظرية الموظف الفعلي بشكل عام، ذلك أن الموظف الفعلي له مظهرين، أولهما المستند إلى فكرة المظهر، حيث تبرز حماية العبر حسن النية، وثانيهما المستند إلى فكرة الضرورة، حيث يتم إقرار تصرفاته دون النظر إلى حسن نية العبر. انظر تفصيل ذلك لدى مجدي عز الدين يوسف، الأساس القانوني للموظف الفعلي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣١٠ وما بعدها.

(٢) ماجد الحلو، مرجع سابق، ص ٥٨.

الموظف القانوني المختص، فاعتبر القضاء تصرفاته صحيحة حماية للعير حسن النية وضمماً للثقة المشروعة في تصرفات الإدارة. وتتحدد حالات مخالفة القانون في ممارسة اختصاصات الوظيفة أما في مباشرته الشخصية لاختصاصات الوظيفة دون سيق صدور قرار بتعيينه فيها أصلاً، وهو ما يعرف بعدم التولية أو لبطان قرار تعيينه في الوظيفة بأحد أسباب البطلان التي تلحق بالقرار الإداري بصفة عامة أو لاستمراره في إشغال الوظيفة رغم فصله منها أو إحالته على التقاعد^(١).

فإذا تحققت هذه الحالات فيمن شغل الوظيفة غدً موظفاً فعلياً وتوافر بالتالي الركن للمادي لحماية الغير الذي اكتسب مركزاً قانونياً جراء القرارات والأعمال التي قام بها الموظف الفعلي وتعين بالتالي توافر الركن المعنوي الخاص بالعير محل الحماية والمتمثل بتوافر حسن النية لديه بأن يثبت اعتقاده اعتقاداً جازماً بأن من يشغل الوظيفة هو صاحبها فعلاً ويمتلك كفة الاختصاصات والصلاحيات التي تخولها إياه الوظيفة، فإذا ما توافر هذان الركنان للمادي والمعنوي اعتبرت جميع التصرفات والقرارات الصادرة عن الموظف الفعلي صحيحة ومرتبعة لأثارها^(٢).

ثانياً: حماية الغير حسن النية في نطاق قانون العقوبات

تظهر هذه الحماية، في تقييد المشرع الجرائي المصادرة الخاصة كعقوبة لعدم الإخلال بحقوق العير حسن النية^٣ وقد جاء هذا التقييد في المادة (٣٠) من قانون العقوبات والتي تنص ((مع مراعاة حقوق الغير ذي النية الحسنة، يجوز مصادرة جميع الأشياء التي حصلت نتيجة لجناية أو جنحة مقصودة أو التي استعملت في ارتكابها أو كانت معدة لاقترافها أما في الجنحة

(١) ماجد الحلو، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٢) مجدي عز الدين، مرجع سابق، ص ٣١٥، وماجد الحلو، مرجع سابق، ص ٦٦.

غير المقصودة أو المخالفة فلا يجوز مصادرة هذه الأشياء إلا إذا ورد في القانون نص على ذلك)).

وهذا التقييد أمر طبيعي لأن المصادرة كعقوبة يجب ألا ترد إلا على مال مملوك للجاني إعمالاً لمبدأ شخصية العقوبة^(١). غير أنه قد يحدث أن الشيء بالرغم من ملكيته للجاني وقت ارتكاب الجريمة إلا أنه تصرف فيه بعد ذلك وقبل اتخاذ إجراءات تحريك الدعوى بحيث أصبح وقت الحكم مملوكاً للغير، أو أن يكون بالرغم من بقاء ملكيته للجاني إلا أن للغير حقوقاً عينية أخرى على الشيء كحق الانتفاع أو الرهن، ففي هذه العروض التي يكون فيها للغير على الشيء حق ملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى ينبغي مراعاة حقوق العير حسني النية، طالما أن هذه الحقوق ثابتة وقت وقوع الجريمة أو بعد وقوعها وقبل اتخاذ إجراءات تحريك الدعوى الجزائية^(٢). ويقصد بالعير هنا كل من كان أجنبياً عن الجريمة، أي كل من لا يعد فاعلاً لها أو شريكاً فيها^(٣). وحسن نية العير يعني أنه لا يتوافر لديه قصد أو خطأ بالنسبة للجريمة. بمعنى أنه لم يكن عالمً بأن الشيء الذي تعلق به حقه قد حصل أن استخدم أو أعد للاستخدام في ارتكاب الجريمة أو كان مترتباً عليها^(٤).

ولفظ (الحقوق) التي لا يجوز الإخلال بها جاء عاماً فلا يقتصر على حق الملكية بل يشمل كذلك الحقوق العينية المنفرعة عنها كحق الانتفاع والرهن. كما يجب أن يكون حق العير

(١) انظر علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية للكتب، ١٩٩٤، ص ٣٥٣، وكذلك جميل عبد الباقي الصغير، النظرية العامة للعقوبة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٨٦.

(٢) انظر محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، ص ٦٨١.

(٣) جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٤) محمود إبراهيم إسماعيل، المرجع السابق، ص ٦٨١، وجميل الصغير، المرجع السابق، ص ٨٧.

قد نشأ في وقت سابق على ارتكاب الجريمة حتى يمثل وضعاً قانونياً مستقراً سابقاً على الجريمة فلا تمس به هذه الأخيرة^(١)، كما تمت حماية القانون إلى من نشأ حقه على الشيء في الفترة المنحصرة بين ارتكاب الجريمة واتخاذ إجراءات تحريك الدعوى الجرائية في شأنها إذا كان غير عالم باستعمال الشيء في الجريمة أو تحصله منها^(٢).

ولا تعني حماية حقوق الغير حسن النية عدم جواز المصادرة إطلاقاً، وإنما تعني أن ملكية الشيء الذي توافرت فيه شروط المصادرة تنقل إلى الدولة محملة بحقوق الغير، فإذا كان المتهم شريك في ملكية الشيء صودر الشيء في الجزء الحاص بالجاني، فتحل الدولة محله في ملكيته دون إخلال بحقوق الغير حسن النية^(٣).

(١) محمود إبراهيم إسماعيل، المرجع السابق، ص ٦٨١ وجميل الصغير، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٢) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٥٤١.

(٣) جميل الصغير، المرجع السابق، ص ٨٧.

المبحث الثاني

طبيعة الحماية وتمييزها عما يشته به

تمهيد:

سلف القول، أن إقرار حماية الغير حسن النية وتكريسها في بعض صور التعامل لا يعد كونه تخفيفاً من صرامة بعض القواعد العامة في القانون المدني ونظراً لذلك فإن هذا النهج يقع في نطاق استثنائي مشروط، ومرد ذلك خطورة آثار هذه الحماية في بعض الأحيان، ذلك أن حماية الغير حسن النية وتفضيل مصلحته على مصلحة صاحب الحق قد يعني إهدار حق الملكية الذي هو محل احترام النظام القانوني كله والذي يعتبره حقاً دائماً ومطلقاً، كما أن القوانين المدنية مهما بلغ نزوعها للوجهة الاجتماعية فيها لا يمكن أن تجعل الحقوق الفردية الثابتة والمستقرة مثاراً للتنازع أو عرضة للتفاضل بصورة دائمة.

وصعوبة القول بأن هذه الحماية لا ترقى أن تكون قاعدة عامة في القانون المدني وإنما هي استثناء قد يقع على النظم ذات الأثر الرجعي كالبطلان والفسخ والعقد الموقوف وقد يقع على بعض المبادئ المستقرة في القانون الوصعي كمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ نسبية آثار العقد وسريان التصرف القانوني. وفصلاً عن الطبيعة الاستثنائية للحماية، فإنها ترتكز على مفهوم محدد لحسن النية مما يجعلها متميزة عن بعض أوجه الحماية المقررة. وتأسيساً على ما سبق فسوف نتناول طبيعة هذه الحماية وتمييزها عبر مطلبين نخصص الأول لدراسة الطبيعة الاستثنائية وبحصص الثاني لدراسة تميز الحماية عما يشته به من صور أخرى لحماية الغير.

المطلب الأول

الطبيعة الاستثنائية للحماية

الفرع الأول

استثناء على النظم ذات الأثر الرجعي

إن أهم ما يميز حماية الغير حسن النية أنها تورد قيوداً على الأثر الرجعي وذلك في الحالات التي يشوب فيها التصرف -الذي اكتسب الغير حسن النية حقاً- ما يستدعي زوال جميع آثار هذا التصرف واعتباره كأن لم يكن بالمسبة للماضي أو للمستقبل. ولتوضيح ذلك نتكلم في هذا الفرع عن الاستثناءات التي أوردتها المشرع عن الأثر الرجعي لفسخ التصرف أو بطلانه أو وقفه وذلك عبر ثلاثة بنود.

أولاً: استثناء على الأثر الرجعي للفسخ

من المعروف أن للفسخ أثر رجعي، بحيث يعتبر التصرف المفسوخ كأنه لم يكن ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد^(١). وبثبت الأثر الرجعي للفسخ في العقود الملزمة للجانبين سواء كان ناشئاً عن عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته أو عن تعيب إرادة أحد العاقدين بغلط في الواقع أو القانون^(٢).

ولا يقتصر سريان الأثر الرجعي للفسخ على أطراف العلاقة التعاقدية وخلفهما العام بل يمتد ليشمل الغير^(٣)، ويتمثل سريان الأثر الرجعي للفسخ في مواجهة الغير بزوال كافة الحقوق

(١) المادة (٢٤٨) مدني أردني.

(٢) المواد (٢٤٦)، (١٥٣)، (١٥٤) مدني أردني.

(٣) مسطفي الجارحي، فسخ العقد، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٢٣.

التي اكتسبها على المال الذي كان موضوعاً للعقد المفسوخ نتيجة التصرف الذي أجراه مع من زالت ملكية بأثر رجعي بسبب الفسخ.

غير أن المشرع الأردني قد أورد استثناءً على الأثر الرجعي للفسخ حماية للعير حسن النية. ويتضح هذا الاستثناء من خلال الاعتراف بصحة التصرف الصادر إلى العير حسن النية من شخص زالت ملكيته للعقار أو المنقول بأثر رجعي نتيجة لفسخ التصرف الذي اكتسبه ملكية المقرر أو المنقول ابتداءً. واعتراف المشرع بصحة التصرف الصادر إلى العير على الرغم من زوال ملكية المتصرف بالمال يكسب هذا التصرف مفهوم السبب الصحيح الذي هو شرط لاكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير والمنقول استناداً لقاعدة الحيازة في المنقول.

وقد نظم هذا الاستثناء المادتان (١١٨٢) و(١١٨٩) من القانون المدني حيث تنص المادة (١١٨٢) على أن: ((١- إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واثترنت الحيازة بحسن نية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات)).

أما المادة (١/١١٨٩) فتتضمن على أنه: ((لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية)).

ومقتضى الاستثناء على الأثر الرجعي للفسخ من خلال ما ذكرناه يتجلى في أن صدور التصرف أصلاً من صاحب الحق، قد يعتبر من بعد تصرفاً صادراً من غير صاحب الحق إذا كان سند هذا المتصرف مهدداً بالروال ثم زال بأثر رجعي نتيجة للفسخ. فإذا فسخ سند المالك المتصرف اعتبر التصرف الصادر منه قبل هذا الروال تصرفاً صادراً من غير مالك تبعاً لمقتضيات الأثر الرجعي للفسخ، غير أن هذا التصرف وبرغم صدوره من غير مالك يعد سبباً صحيحاً، فيمكن للمتصرف إليه إذا كان حسن النية ومضت سبع سنوات على حيازته للعقار

المتصرف فيه من توفي آثار زوال سند المتصرف روالاً رجعيًا بالتمسك بالتقادم القصير استناداً إلى أنه بهذا الزوال يعتبر هذا التصرف سبباً صحيحاً فيكتسب بهذا التقادم القصير ملكية العقار المتصرف فيه دون أن يتأثر بالزوال الرجعي لسند المالك المتصرف^(١) وذات المنطق يفرض نفسه في حالة المنقول، فإذا كان المتصرف بالمنقول مالاً له وقت إجراء التصرف ثم زال سبب ملكيته بأثر رجعي بسبب الفسخ، فإن الغير حسن النية لا يطله الأثر الرجعي للفسخ فيكون له تملك للمنقول استناداً لقاعدة الحيابة في المنقول^(٢).

وعلى الرغم من أهمية هذا الاستثناء، فإن المشرع الأردني قد اقتصر عليه في معرض تقييده للأثر الرجعي لفسخ التصرفات القانونية حماية للغير حسن النية وهو ما يخالف ما اتجهت إليه التشريعات المدنية من توسيع دائرة الاستثناء على الأثر الرجعي للفسخ، فالمشرع المصري في معرض حمايته للغير حسن النية أورد بالإضافة إلى الاستثناء الذي أورده المشرع الأردني للعديد من الاستثناءات على الأثر الرجعي للفسخ، حيث أحاط بالحماية الدائن المرتهن رهناً تأمياً في حال زوال ملكية الراهن للمال المرهون بأثر رجعي حيث قضت المادة (١٠٣٤) من القانون المدني المصري على أنه ((يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن)).

كما جاء قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم (١٤٤) لسنة ١٩٦٤ باستثناء هام جداً على الأثر الرجعي للفسخ عبر إحاطته الغير الذي تلقى حقاً عقارياً وهو حسن النية بحمايته إذا كان الغير قد تلقى حقه من شخص زالت ملكيته بأثر رجعي بسبب الفسخ إذا كان الغير حسن

(١) لمزيد من الإيضاح راجع حسن كبره، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الرابعة، ١٩٩٥، منشأة دار المصارف، ص ٤٩٨.

(٢) نظرو مصطفى الجالحي، فسخ العقد، المرجع السابق، ص ١٢٤.

النية قد تلقى حقه بتاريخ سابق على تسجيل دعوى البطلان وقد تضمنت هذا الاستثناء الهام المادتان (١٥) (١٧) من القانون حيث تنص المادة (١/١٥) على أنه: ((يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة النشر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو -أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع)) في حين تنص المادة (١٧) على أنه: ((١-يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة في المادة (١٥) أو التأشير بها أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤثر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية وابتداءً من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها ٢-ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة)).

ومن الاستثناءات التي قررها المشرع المصري على الأثر الرجعي للفسخ ما تضمنته المادة (٢/٤٢٦) من القانون المدني المصري في شأن دعوى الفسخ بسبب عدم تكمله ثمن بيع عقار القاصر بعين يزيد على الخمس^(١) فقد نصت المادة المذكورة بأنه: ((ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع)) وقوام حماية الغير حسن النية في هذه الحالة يتمثل في أنه إذا حكم للقاصر بالفسخ، فإن هذا الحكم لا يحتج به على الغير حسن النية الذي تلقى من المشتري حقاً عينياً على العقار المبيع سواء بالنسبة لتكملة الثمن

(١) وهي الدعوى المنصوص عليها في المادة (٤٢٥) من القانون المدني المصري ويشترط لرفعها أن يكون المبيع عقاراً سواء كان حق ملكية أو أي حق عيني آخر واردة عليه وأن يكون العقار ملوكاً لشخص قاصر أو ناقص الأهلية وأن يقع في المبيع عين يزيد على خمس ثمن المثل وأن يقع الثمن على البائع لا على المشتري وألا يكون البيع قد تم بالمراد العلني، انظر تفصيل ذلك لدى سليمان مرقس، عقد البيع، القاهرة، ١٩٨٢، ص

أو بالنسبة لدعوى الفسخ بسبب عدم سداد المشتري فرق الثمن المحكوم به^(١)، وكذلك لا يَحْجُج بالحكم بالفسخ على من تلقى حقاً عينياً آخر غير الملكية من المشتري الذي قصر عن تكملة الثمن فيترتب على الفسخ عودة المبيع إلى البائع ولكن محملاً بالحق العيني الذي تَرتب عليه لصالح من تلقى ذلك الحق من المشتري المذكور^(٢).

كما قرر المشرع المصري استثناءً آخر لحماية العير حسن النية من الأثر الرجعي للفسخ الناشئ عن تحقق الشرط الفاسخ، فقد نصت المادة (٢/٢٦٩) من القانون المدني المصري باستبعاد الأثر الرجعي الناشئ عن تحقق الشرط الفاسخ، وذلك فيما يتعلق بأعمال الإدارة الصادرة عن الدائن فقد نصت المادة المذكورة "إن أعمال الإدارة التي تصدر عن الدائن تبقى رغم تحقق الشرط وتطبيقاً لهذا الاستثناء لو أن متصرفاً بالإيجار كانت ملكيته لما تصرف فيه معلقة على شرط فاسح كان يجهله المستأجر المتصرف إليه الذي قام باستئجار الشيء محل التصرف للمعلق خلال فترة التعليق ثم تحقق الشرط الفاسخ وزالت بتحقيقه ملكية المشتري للشيء كنتيجة للأثر الرجعي للفسخ والذي يترتب من وقت انعقاد التصرف وليس من وقت تحقق الشرط، فبغذو تصرفه بالإيجار خلال فترة التعليق صادراً من غير مالك^(٣)، إلا أن المشرع المصري ومن باب رعايته للعير حسن النية قد أثار الخروج على القواعد العامة والقاصية بوقوع مثل هذا التصرف قابلاً للإبطال في حق المستأجر، فاعتبر الإيجار الصادر من المالك الذي

(١) مرقس، المرجع السابق، ص ٢٢٦، وخميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع، ط ١، ١٩٧٩، ص ١٠٦-

١١١.

(٢) انظر خميس خضر، مرجع سابق، ص ١١١.

(٣) انظر السيد بدوي، المرجع السابق، ص ٨٤١.

رأى ملكيته بأثر رجعي بسبب الفسخ باعداً في حق المالك الأصلي ويعود العقار إليه محملاً به^(١).

ولفداحة النتائج المترتبة على فسخ عقود الإدارة بالنسبة للغير حسن النية فقد سائر المشرعان العراقي والسوري نظيرهما المصري في هذا الخصوص فأوردا استثناءً مهماً على الأثر الرجعي للفسخ إذا ما طال عقداً من عقود الإدارة إذا كان من شأن ذلك المساس بحقوق اكتسبها الغير حسن النية على الشيء موضوع التصرف المصوح، فقد نص المشرع العراقي صراحة على بقاء أعمال الإدارة في حال تحقق الشرط المانع المقترن بالعقد، ويظهر ذلك من خلال ما تقرره المادة (٢/٢٨٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص: ((على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط))^(٢).

وكذلك فعل المشرع السوري حيث نصت المادة (٢/٢٦٩) ((على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط)).

كما توسع المشرع السوري في الحد من الأثر الرجعي للفسخ في سبيل حماية الغير حسن النية حيث يمكن الاستناد إلى المادة (٤) من القرار (١٨٨) من السجل العقاري السوري والتي تنص ((يعتبر التسجيل مغنياً للأصول إذا أجري بدون حق وكل من يتضرر من معاملة التسجيل يمكنه الإدعاء مباشرة بعدم قانونية ذلك التسجيل على الشخص الثالث سبباً النية)) كما جاء في المادة (١٥) من ذات القرار ((.... ولا يمكن في أي حال من الأحوال الاعتراض

(١) السيد بدوي، المرجع السابق، ص ٨٤١.

(٢) ذهب مشروع القانون المدني العراقي إلى الحد من الأثر الرجعي للفسخ عبر تكريسه قاعدة عامة في هذا الخصوص تضمنتها المادة (٤٠٩) من المشروع والتي تنص (لا يؤثر فسخ العقد على حقوق اكتسبها الغير بحسن نية قبل الفسخ).

بالإلغاء أو التحويل تجاه الأشخاص الآخرين ذوي النية للحسنة والقرار الذي يعطي بالإلغاء أو التحويل لا يمكنه أن يقرر إلغاء الحقوق المكتسبة والمقيدة قانوناً قبل الفيد المختلف فيه^(١).

وظاهر من هذين النصين أن العير حس النية يكون بمأمن من الأثر الرجعي لفسخ البيوع العقارية فتظل حقوقه التي اكتسبها على العقار ثابتة في مواجهة المالك الحقيقي^(٢).

ثانياً: استثناء على الأثر الرجعي للبطلان

يعتبر البطلان أهم النظم التي تؤدي إلى زوال الآثار التي تترتب على التصرف بأثر رجعي، ومنطق ذلك يستلزم القول بأن البطلان يجب أن لا يقتصر أثره على طرفي التصرف فقط، بل يتعين أن يتعداهما إلى العير أيضاً، أي أولئك الأشخاص الذين تعاملوا مع أحد طرفي التصرف الباطل فاكْتَسَبُوا بذلك حقوقاً على الشيء موضوع التصرف.

وبطراً لطبيعة البطلان، فقد جاء الاستثناء الوارد على الأثر الرجعي له حماية للعير حسن النية محدوداً، ولو تفحصنا هذا الاستثناء لوجدناه يتمثل في صورتين، تتعلق إحداهما بعملية الحائر حسن النية وثانيهما بالشركة الباطلة.

(١) نجد الإشارة إلى أن أحكام السجل العقاري السوري وردت في القرارين رقم (١٨٨) و(١٨٩) للمصادر في ٥ آذار لسنة ١٩٢٦ وقد عدل القرار الأول بالقرار رقم (٤٥) وثانيهما بالقرار رقم (٤٦) الصادرين في ٣٠ نيسان لسنة ١٩٣٢. وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، ط١، مطبعة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨، ص ١٤٣.

(٢) سوار، المرجع السابق، ص ١٤٣، هامش رقم ٢.

١- حماية الحائز حسن النية:

- أ- بالنسبة للمنقولات: فإن المقرر بصدها وفقاً لما نقضي به المادة (١١٨٩) من القانون المدني أن الحيازة في المنقول تتجسد في سند الملكية، وإذن فإنه يكون من حق الشخص الذي حاز منقولاً بسند صحيح وتوافر فيه شرط حسن النية وقت حيازته أن يتمسك بهذه الحيازة لمواجهة الدعوى التي يرفعها صده المالك الحقيقي لهذا المنقول.
- ويظهر الاستثناء الوارد على الأثر الرجعي على البطلان في هذه الحالة بأنه وعلى افتراض بطلان التصرف الجاري فيما بين الغير والمالك الظاهر للمنقول، فإن هذا التصرف يعد سبباً صحيحاً يمكن الحائز للمنقول من حيازته بحيث تقوم هذه الحيازة قرينة على الملكية^(١).
- ب- بالنسبة للعقارات، ويحضع لنس المنطق السابق بيباه في حالة المنقول، فيصح التصرف الباطل الجاري ما بين الغير حسن النية والمالك الظاهر للعقار سبباً صحيحاً يمكن الغير من تملك العقار بالتقادم القصير المكسب حسب ما نقضي المادة (١١٨١) مني.

٢- الاستثناء المتعلق بالشركة الباطنة

فقد قضى المشرع في المادة (٥٨٤) مدني في شأن بطلان الشركة بأنه: ((وإذا لم يكن العقد مكتوباً فلا يؤثر ذلك على حق الغير...)) وذلك بعد أن قضى في الفقرة الأولى من المادة السابعة بأنه: ((يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً)) وظاهر أن هذه الحالة ترتب كافة الآثار

(١) انظر في هذا الخصوص، جبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الجزائر، ص ٣٧٩ وما بعدها.

الناشئة عن نشاط الشركة الغير مكتملة الشكل الذي يفرضه القانون إذا كان من شأن ذلك الحفاظ على حقوق الغير حسن النية التي اكتسبوها جراء تعاملهم مع الشركة^(١).

وفيما عدا هذه الحالات فإن البطلان يزيل كافة الآثار الناشئة عن التصرف حتى لو أضر ذلك بحقوق الغير حسن النية^(٢). وإذا كانت هذه النتيجة مقررة في ظل القانون المدني الأردني الذي لا يعرف سوى مفهوم واحد للبطلان، فإن الاختلاف يثور في ظل القوانين المدنية التي تأخذ بمفهوم مزدوج للبطلان، ووجه هذا الاختلاف يتمحور حول مدى اعتبار التطبيقات التشريعية لحسن النية خروجاً على الأثر الرجعي للبطلان بشقيه المطلق والنسبي أن ينحصر في البطلان النسبي وحده، في الإجابة على هذا السؤال ترى طائفة من شراح القانون المدني المصري والذي يأخذ بالمفهوم المزدوج للبطلان أن التطبيقات التشريعية لحماية الغير حسن النية كالمدة (١٧) من قانون تنظيم الشهر العقاري والمادة (١٠٣٤) من القانون المدني تعتبر استثناءً على البطلان النسبي فقط^(٣)، ويرون أن هذين النصين واللذين يعتبران استثناءً على الأثر الرجعي للبطلان لا يوفران الحماية للغير حسن النية من الأثر الرجعي إلا إذا كان سند ملكية المتصرف معه قابلاً للإبطال، أي باطلاً بطلاناً نسبياً، أما إذا كان سند ملكية المتصرف مع الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً، فلا يحاط الغير بالحماية، لأن التصرف بالبطلان بطلاناً مطلقاً هو تصرف

(١) انظر السيد بدوي، المرجع السابق، ص ٨٠٤، وتوفيق فرج، المرجع السابق ص ٢٧١ وما بعدها.

(٢) انظر في هذا الخصوص، محمد الرعبي، مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، السنة الخامسة والثلاثين، عمان، ١٩٨٧، ص ١٦٧ وما بعدها، وكذلك سالم الدحويح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تحفه في البيع العقاري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٥٧.

(٣) انظر هذا الرأي لدى عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المفردة، الطبعة الأولى، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٤٧٩، وسهير تفاعو، التأمينات العينية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص ٧٢، وسليمان مرقس، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٧٣.

معدوم الأثر بين طرفيه. وفي الجانب المقابل يرى بعض الشراح أن حماية العير حسن النية من آثار التصرفات الباطلة لا تختلف سواء كان سند ملكية المتصرف مع العير باطلاً بطلاناً مطلقاً أو نسبياً، لأن الحكمة من حمايته في الحالتين واحدة^(١).

ثالثاً: استثناء على الأكثر الرجعي الناشئ عن عدم إجازة العقد الموقوف

العقد الموقوف هو ((التصرف المشروع باصله ووصفه والذي يتوقف أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعاً))^(٢) وقد حدد المشرع الأردني الحالات التي يكون فيها العقد موقوفاً في المادة (١٧١) حيث نصت ((يكون العقد موقوف التنفيذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من ملك له نطق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان

(١) انظر هذا الرأي لدى عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تعبد العقود، رسالة ماجستير، بغداد، ١٩٧٤، ص ١، ٤-٥، وكذلك بوري خاطر، المرجع السابق، ص ٢١٩، وعز الدين عبد الله، حماية خاصة بالدائنين المرتهنين، مشار لرأيه لدى نوري خاطر، ص ٢٢٠.

(٢) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٤٢، وانظر في التعريفات التفهيمية والاصطلاحية للعقد الموقوف، ذات المرجع، ص ٢٩-٤٤، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني والتشريعات التي أحدثت عنه كالمشرع الإماراتي والسوداني قد أحدثت بنظام العقد الموقوف وحاکاها في ذلك المشرعان العراقي والكويتي وقد نقلت هذه التشريعات أحكام العقد الموقوف عن الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العلية للمادة (٣٦٨) في حين أخذت باقي التشريعات المدنية ومن صممها التشريعيين المصري والسوري بنظرية العقد القابل للإبطال وهو نظام يتفق تقريباً مع نظام العقد الموقوف في الحالات التي يعالجها كل واحد منهما ولكنهما يختلفان في أن العقد الموقوف يعد عقداً صحيحاً ولكنه لا يترتب أثراً فيما بين أطرافه إلى أن تلحقه الإجازة، فإن أجبر نفذ مستنداً إلى وقت صدوره وإن لم يجز بطل مستنداً إلى وقت صدوره، أما العقد القابل للإبطال فإنه ينتج جميع آثاره من وقت إبرامه إلى أن يقضى ببطلانه، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري ذلك، لمزيد من الإيضاح في هذا الخصوص راجع كلاً من عبد الرحمن جمعه، بيع ملك العير، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، دار وائل للطباعة والنشر، ص ١٩٢ وما بعدها، وعبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٩٧ وما بعدها.

تصرفه دائراً بين النفع والضرر - أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك)) ويتبين من حلال هذه المادة. أن الحالات التي يكون فيها العقد موقوفاً لا تقتصر على الحالات المنصوص عليها حيث يندرج في إطار التصرفات الموقوفة ما نص القانون على اعتباره كذلك.

وبالرجوع إلى القانون المدني الأردني نجد أن هنالك العديد من التصرفات الموقوفة تصف إلى ما هو منصوص عليه في المادة (١٧١)، ومن هذه التصرفات ما يصدر عن النائب متجاوزاً به حدود وكالة في القدر الذي تجاوز به حدود النيابة^(١).

والتصرف الصادر من المريض مرض الموت إلى أحد ورثته^(٢) أو التصرف الصادر لغير الوارث إذا انطوى على محاباة تتجاوز ثلث التركة^(٣) والتصرف الموقوف بعد تصرفاً صحيحاً ولكنه لا ينتج لثأره فيما بين طرفيه إلا إذا لحقته الإجازة ممن يملكها شرعاً^(٤). ويترب على ذلك أنه إذا أجاز التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره^(٥) أما إذا لم تلحقه الإجازة فيعتبر التصرف باطلاً^(٦)، ويسري هذا البطلان بأثر رجعي، غير أن المشرع الأردني قد حد من الأثر الناشئ عن عدم إجازة العقد الموقوف إذا كان من شأن الأثر الرجعي للمساس بحقوق اكتسبها لغير حسن النية على الشيء محل التصرف الموقوف.

وعلى الرغم من أهمية الاستثناءات التي أوردها المشرع الأردني على الأثر الرجعي الناشئ عن عدم إجازة العقد الموقوف، فإنه لم يساير التشريعات المدنية المقارنة فيما أقرته من

(١) المادة (٨٣٩) مدني.

(٢) المادة (٥٤٤) مدني أردني.

(٣) المادة (٢/٥٤٥) مدني أردني.

(٤) المادة (١٧٢) مدني أردني.

(٥) المادة (١/١٧٥) مدني أردني.

(٦) المادة (٢/١٧٥) مدني أردني.

استثناءات ريادة على ما أقره المشرع الأردني. فلقد أتى المشرع المصري بالعديد من الاستثناءات على الأثر الرجعي للعقد القابل للإبطال وانورد بها عن باقي التشريعات من ذلك حماية الدائن المرتهن حسن النية ببقاء الرهن الصادر له من غير مالك قائماً لمصلحته إذا تقرر إبطال سند ملكية الراهن^(١). ومن ذلك أيضاً حماية العير حسن النية الذي تقرر له حق على عقار قل إبطال ملكية المتصرف له بالعقار^(٢).

وهي ذات الحماية التي أقرها المشرع السوري بمقتضى المادة (١٤) من القرار رقم (١١٨٨) من قانون السجل العقاري السوري والتي تنص ((يعتبر التسجيل مغايراً للأصول إذا أجرى بدون حق، وكل من يتضرر من معاملة التسجيل يمكنه الإدعاء مباشرة بعدم قانونية ذلك التسجيل على الشخص الثالث سبب النية)) وتطبيقاً لذلك فإن إبطال ملكية المتصرف مع الغير لا يستتبع بطلان ما اكتسبه العير من حقوق على العقار حتى كان حسن النية، ويقتصر حق المالك الحقيقي على مطالبة المتصرف مع الغير بالتعويض^(٣).

كما أورد المشرع العراقي استثناءاً مهماً على الأثر الرجعي الناشئ عن عدم إجازة العقد الموقوف. يتعلق بحماية العير حسن النية الذي تلقى حقاً من حالف المدين الذي أقيمت عليه دعوى عدم نفاذ التصرف. وتقوم هذه الحالة على افتراض مؤاده قيام المدين الذي أقيمت عليه

(١) المادة (١٠٣٤) مدني مصري.

(٢) المادة (١٧) من قانون السجل العقاري المصري لسنة ١٩٦٤.

(٣) نظّر وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ١٤٣، وفي هذا الخصوص فقد قضت محكمة النقض السورية في قرار صادر من هيئتها العامة بأن ((المشتري حسن النية الذي اشترى بالاستناد إلى قيود السجل العقاري تُحصى ملكية ولو كان بطله قد حصل على الملكية بأسلوب معين كالتزوير، فما دام المشتري حسن النية لم يعرف بوجود العيب، فإنه يُحصى، ويبقى للمتضرر مدعاة البائع))، نص مدني سوري رقم ٦٠ هيئة عامة، تاريخ ١٩٧٢/١٢/٣١، مشار إليه لدى سوار، المرجع السابق، ص ١٤٣، هامش رقم (٢).

دعوى عدم نفاذ التصرف بالتصرف بالمال إلى شخص معين ثم يقوم هذا الأخير بالتصرف بالمال إلى شخص ثالث.

والأصل يقتضي أن تصرف المدين الذي أقيمت عليه دعوى عدم نفاذ التصرف بعد موقوفاً على إجازة الدائن لتعلق حقه بالمال موضوع التصرف فإن لم يجزه بطل التصرف وإنعدمت إمكانية الشخص الذي صدر له التصرف من المدين بالتصرف بالمال، إلا أن المشرع العراقي قد تجاوز هذه القاعدة وأقر صحة التصرف الصادر من حلف المدين إلى الغير حيث نصت المادة (٣/٢٦٤) مدني عراقي ((وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من الدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض أو كان الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً)).

وظاهر من خلال النص المتقدم أن حماية الغير حسن النية تتحقق سواء كان التصرف الصادر له من حلف المدين معاوضة أو تبرعاً، فإذا كان قد تلقى حقه معاوضة فيبعي أن يكون الغير جاهلاً أن المدين معسر وأنه يتصرف بماله للإصرار بالدائن فضلاً عن أن يكون جاهلاً بعلم الخلف الأول بغش المدين وبنيتة الإصرار بالدائن أما إذا كان الغير قد تلقى حقه من حلف المدين تبرعاً فإن مقتضى حسن نيته هو جهله بإعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول^(١).

(١) نظر في هذا الخصوص مصطفى الرقاع، نظرية الالتزام العامة، الجزء الثاني، أحكام الالتزام في ذاته، مطبعة دار الحياة، دمشق، ١٩٦٤، ص ١٤٠، وكذلك مندر الفصل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤، ص ١٠٦.

وينبغي الإشارة إلى أن كلا من المشرعين المصري والسوري قد أوردا هذه الحماية للعير حسن النية وبذات الشروط التي قررها المشرع العراقي^(١)، بيد أنه لا يمكن اعتبارها استثناءً على العقد القابل للإبطال المقابل للعقد الموقوف المأخوذ به في القانون العراقي، لأن تصرف المدين في مال تعلق به حق العير لا يعد من حالات النطْلان النسبي في كل من القانون المدني المصري والسوري وإنما تنطبق عليه قواعد عدم النفاذ^(٢).

ومن نافلة القول أن تشير إلى أن العير حسن النية الذي تلقى حقاً من حلف المدين الذي أقيمت عليه دعوى عدم نفاذ التصرف لا يعدم أي حماية في ظل القانون الأردني، إذ يمكن حمايته وفقاً لقواعد الحيّزة المنصوص عليها في المادتين (١١٨٢) و (١١٨٩) من القانون المدني.

الفرع الثاني

استثناء على المبادئ المستقرة في القانون المدني

ينظم القانون المدني حاسة والقانون الخاص بشكل عام العديد من المبادئ والقواعد التي تكفل للحفاظ على الحقوق الخاصة فلا يطغى حق على آخر.

وتعبّر هذه المبادئ عن نرعة ذاتية تشكل إلى حد كبير قوام التشريعات المدنية مما يمكن معه اعتبار هذه المبادئ قواعد عامة أو أصولاً ثابتة في القانون المدني ويعتبر من قبيل هذه

(١) انظر المادتين (٣/٢٣٨) مدني مصري و(٣/٢٣٩) مدني سوري.

(٢) ومقتضى هذا النظام، أن أي تصرف من مالك في مال له تعلق به حق العير لا يكون نافذاً في حق هذا العير فيمكنه تجاهل كافة الآثار الناشئة عنه، انظر في هذا الخصوص توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر، الدار الجامعية، بيروت، ص ٢٣٢-٢٣٣.

المبادئ مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ سريان التصرف القانوني ومبدأ نسبيته آثار العقد وعلى الرغم من أن هذه المبادئ لا يجوز المساس بها بحسب الأصل- فإن مقتضيات حماية العير حسن النية دعت إلى تجاوز ما تفرضه هذه المبادئ من حرمة وصرامة. فأوردت التشريعات المدنية ومن ضمنها المشرع الأردني العديد من الاستثناءات على هذه المبادئ مراعاة لحقوق العير حسن النية.

وسوف نتناول هذه الاستثناءات عبر ثلاثة بنود نبحث في الأول الاستثناءات الواردة على مبدأ سلطان الإرادة ونبحث في الثاني الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبيته آثار العقد ونبحث في الثالث الاستثناءات الواردة على مبدأ سريان التصرف القانوني في حق الغير

أولاً: استثناء على مبدأ سلطان الإرادة

يعد مبدأ سلطان الإرادة من أهم الأصول الثابتة في القوانين المدنية بشكل عام، وعلى الرغم من تراجع أهميته لدى بعض الأنظمة القانونية بفعل تأثير الدعوات الاجتماعية^(١)، إلا أنه يبقى من أهم المبادئ التي يتم الاستناد إليها في تحديد التزام المرء ونطاق هذا الالتزام. ومفاد هذا المبدأ أن إرادة الإنسان تشرع بذاتها لذاتها وتنشئ بذاتها لذاتها التزامها، فإذا التزم شخص بتصرف قانوني وبخاصة العقد فإنه يلتزم لأنه أراد أن يلتزم وبالقدر الذي أراد^(٢)، ويترتب على هذا لمبدأ عدم إمكانية انشغال ذمة الفرد بالتزام لم تنتج إرادته بإحداثه.

(١) وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، ص ٢٨٤ وما بعدها.

(٢) وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مطبعة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ص

١٧، وكذلك توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية،

١٩٨٠، ص ٢٥ وما بعدها

وإذا كان مقتضى مبدأ سلطان الإرادة يتفق مع النزعة الذاتية التي تعلّي من شأن الفرد وتضع مصلحته فوق كل اعتبار، فإن دوافع استقرار التعامل وبروز الدعوات الاجتماعية قد دفعت المشرع الأردني كما هو الحال لباقي التشريعات المدنية المقارنة التي تتبع النظام اللاتيني^(١) إلى الخروج على مبدأ سلطان الإرادة^(٢) بهدف إحداث قدر من الموازنة بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة وخاصة في الحالات التي تبدو فيها المصلحة الاجتماعية على قدر كبير من الوجود، ويمكن تلخيص هذا الاستثناء في مظهرين، إحداهما يتجسد في الاعتراف بمصلحة التصرف الذي أجراء الوكيل الطاهر والآخر في الاعتداد بالإرادة الظاهرة لحماية للغير حسن النية في نطاق الصورية.

(١) المعروف أن النظام اللاتيني يقوم على تعليب النزعة الذاتية حيث تركز نظرية العمل القانوني في ظله على هذه السرعة، وقد اعتنقت التشريعات المسيحية التي أخذت عنه كالتشريع المدني المصري والتشريع المدني السوري هذه السرعة وترتب على ذلك أن القاعدة العامة في هذين التشريعين ترتكز على الأخذ بالإرادة الباطنة أي الإرادة الحقيقية وهي جوهر مبدأ سلطان الإرادة. انظر وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٢) لا يحل بالطبيعة الاستثنائية لحماية الغير حسن النية على مبدأ سلطان الإرادة ما يراه بعض الشراح للقانون المدني الأردني من أن هذا القانون قد إنحاز بصفة عامة لنظرية الإرادة الظاهرة في تكوين العقد وهيبوب الإرادة، ذلك أن بعض مظاهر حماية الغير حسن النية فيها خروج صريح على مبدأ سلطان الإرادة وما يقدم عليه من ضرورة الاعتداد بالإرادة الحقيقية للمرء، ذلك أن هذه الحماية تقوم على إلزام المرء بأنثاء تصرف لم يجريه أو الخروج على مقتضى إرادته الحقيقية إذا كان قد صدر عنه تعبير ظاهر. ولا يمكن لهذا الجدل أن يثور في ظل القانون المدني المصري والسوري لأن كلا منهما قد إنحاز بصفة عامة للإرادة الباطنة. راجع في هذه الخصوص وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، مرجع سابق، ص ٨٧، وحشام القاسم، محاضرات في القانون = المدني، مصادر الالتزام، بدون سنة نشر، مطبوعات جامعة دمشق، ص ١١٥، وعبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٩٢ وما بعدها.

١- الاعتراف بصحة التصرف الذي أجراه الوكيل الظاهر وانصراف آثاره إلى الموكل.

إن الأصل، أن آثار التصرفات التي يجريها الوكيل تسري في حق الموكل، وبصرف النظر عما إذا كان الوكيل يعبر عن إرادته هو أم عن إرادة الموكل في التصرفات التي يجريها^(١) فإن إرادة الموكل هي الأساس في تخويل الوكيل القدرة على إجراء التصرف من جهة وقبول انصراف آثار التصرفات التي يجريها وكيله في مواجهته من جهة أخرى.

فإرادة الأصل (الموكل) هي التي تقرر إجراء التصرف وانصراف آثاره في مواجهته، ولذلك فإن إرادة الأصل إذا كانت بهذه المثابة، فإن إجراء التصرف وانصراف آثاره في مواجهته لا يخرج عن مبدأ سلطان الإرادة وإنما يقع في نطاقه وإطاره.

وبترتب على ذلك أن أي تصرف يجريه الوكيل رغم لفضاء وكالته أو دون الاستناد إلى إرادة الأصل أصلاً، لا ينعج أثراً في مواجهة الأصل أصلاً، إلا أن مقتضيات حماية العبر

(١) إن تحديد الإرادة التي يعبر عنها الوكيل عند إجراء التصرف هو مثار خلاف بين الفقه القديم والحديث، فالقهاء القديم يرى أن الوكيل يعبر عن إرادة الموكل لا عن إرادته هو وهذا الاتجاه يسي رأيه بالاعتماد على الفكرة التي مفادها أن الالتزام هو رابطة بين شخصين، ويمثل هذا الاتجاه بعض الفقهاء كسافيني (SAVENEY) وبلانيول (BLANIOL) وجيني (JEINY). في حين أن الفقه الحديث معتد إجماعه على أن الوكيل يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الموكل، وهذا الجانب من الفقه الذي يتزعمه الفقيه بيلون (BELONE) يستند في رأيه هذا إلى أن الالتزام هو رابطة بين سمتين ماليتين، فضلاً عن أن السلبية وحسب من أوصاف التصرف القانوني، وأن النائب في الواقع يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل وإرادته وحدها يتعقد العقد غير أن هذا الاتجاه الفقهي يرى أن الوكيل يعبر عن إرادة الموكل في حال تلقيه تعليمات محددة من الموكل فبعداً كما تلقاها، فيكون في هذه الحالة معبراً عن إرادة الأصل لا عن إرادته هو. فأنظر تفصيل ذلك واتجاهات الفقه فيه وأسانيدها لدى حسن الكهالي، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء التاسع والأربعون، شرح القانون المدني الأردني، ١٩٨٠، ص ١٤٧ وما بعدها، وكذلك للسنهوري، المرجع السابق، ص ٢٠٥ وما بعدها.

حسن النية دعت إلى تجاوز هذا المبدأ وتخطيه والاعتراف بآثار التصرف الذي أجراه الوكيل رغم عدم إستلاده إلى إرادة الأصل.

وتتجسد هذه الحماية في فكرة الوكالة الظاهرة القاضية بإعمال أثر الوكالة في حق الموكل وإلزامه بأعمال وتصرفات وكيله رغم انقضاء الوكالة أو رغم إنعدامها أو رغم تجاوزه لحدود وكالته^(١).

والوكيل الظاهر ليس وكيلًا في حقيقة الأمر وإنما ظهر بمظهر الوكيل مما دعا الغير للتعامل معه بحسن نية، وما دام أن من تعامل معه الغير حسن النية ليس وكيلًا في حقيقة فإن مؤدى ذلك عدم سريان آثار التصرف الذي أجراه مع الغير في مواجهته لأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى إشغال ذمة الموكل بالتزامات لم يردّها ولم تنتج إرادته إلى ترتيبها، إلا أن دواعي حماية الغير حسن النية حرجت على حكم للقواعد العامة ومقتضى مبدأ سلطان الإرادة وذلك بالاعتراف بآثار التصرف المبرم بين الوكيل الظاهر والغير حسن النية واعتباره مرتبطاً لآثاره في مواجهة الموكل.

وبدأت المنطق السابق بياه، يمكن اعتبار انصراف آثار التصرفات الصادرة من المالك الظاهر للغير في الأحوال التي نتحقق فيها هذه الملكية في مواجهة المالك الحقيقي خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة.

(١) نظر عبد الباسط الجميعي، الوكالة الظاهرة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة،

٢- الإعتداد بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين في إطار الصورية

إن التعبير عن الإرادة في القانون المدني لا يحرر عن إحدى صورتين، فقد يكون تعبيراً حقيقياً أو ما يعرف بالإرادة الناطقة، وقد يكون تعبيراً ظاهراً فيسمى بالإرادة الظاهرة^(١). والأصل أن الاعتداد يتم بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، غير أن الالتزام بهذا الأصل قد يلحق صرراً بالغير المتعامل مع أحد المتعاقدين الصوريين إذا كان قد اعتمد في تعامله على التصرف الصوري للمعبر عن الإرادة الظاهرة للمتعاقدين، فأعطاه المشرع حربة التمسك بأي من العقدين الحقيقي أو للصوري، أيهما محققاً لمصلحته، وفي حال تعدد الاغيار حسني النية وتضارب مصالحهم ما بين التمسك بالعقد الحقيقي أو الظاهر فقد قرر المشرع اعتبار العقد الظاهر هو النافذ في حق الغير^(٢).

وهنا يثور التساؤل، كيف يمكن اعتبار الاعتداد بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين والتي أفرغها بالنصرف الصوري استثناءً على مبدأ سلطان الإرادة؟

للإجابة على ذلك نقول أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم أساساً على الإرادة الحقيقية (الباطنة) فهي التي تعبر عن حقيقة رغبة الفرد^(٣)، أما الإرادة الظاهرة الصورية فليست من مضمون مبدأ سلطان الإرادة وذلك لتعارضها مع الإرادة الحقيقية التي هي جوهر مبدأ سلطان الإرادة، ولقول

(١) إن مسألة تعليق إحدى الصورتين على الأخرى هي مثار نزاع بين المدرستين الفرنسية حيث يسود الفكر القانوني اللاتيني والألمانية حيث يسود الفكر الجرمانى، فبينما يعتمد النظام القانوني الجرمانى على الإرادة الظاهرة ويرتكز عليها بفعل تأثير السرعة الموصوغة التي تسود هذا النظام، فإن المدرسة الفرنسية ترتكز على الإرادة الباطنة بفعل تأثير السرعة الذاتية التي تملأ هذه المدرسة. انظر هذا الشأن وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة، المرجع السابق، ص ٨٧، والمدهوري، المرجع السابق، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٢) المادة (٣٦٨) مدني أردني.

(٣) عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٢، ص

بخلاف ذلك^(١) إنما يوقع في معالطة، فمن يقول بأن الإرادة الظاهرة تعتبر مطهر لمبدأ سلطان الإرادة إنما يخالف حكم المنطق، فكيف يستساغ أن تكون الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة راجعتان إلى مبدأ واحد هو مبدأ سلطان الإرادة ثم تكون كلاً منهما على طرفي نقيض ويترب على كل واحدة منهما نتائج تتعارض مع النتائج المترتبة على الأخرى.

وبحصول مما سبق إلى القول بأن الاعتداد بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين في التصرف الصوري في سبيل حماية الغير ضمن النية بعد استثناء واضحاً على مبدأ سلطان الإرادة.

ثانياً: استثناء على مبدأ نسبية العقد

إن مقتضى مبدأ نسبية العقد هو إنحسار آثار العقد فيما بين طرفيه وحلفهما العام^(٢) ولا تعداهما للغير سواء فيما تكسبهما من حقوق أو ما تحميهما من التزامات فالعقود لا تنفع ولا

(١) على نحو ما ذهب إليه الدكتور محمود أبو عافية في رسالته (التصرف القانوني المجرد) من أن مبدأ سلطان الإرادة لا يختلف سواء كانت الإرادة وظاهرة لم باطنه، مشار إليه لدى عبد الرحمن عباد، ذات المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢) تبرز حالات لا تسري فيها آثار عقود السلف في حق الحلف العام، وذلك لاعتباره غيراً بالنسبة لأثر العقد، وهاتئ الحالتان هما، أولاً تصرف المريض مرض الموت لأحد ورثته أو لأجنبي بما يلحق الضرر بباقي الورثة، فنعتبر الورثة في هذه الحالة غيراً بالنسبة لتصرفات مريضهم مرض الموت ولا تسري في حقهم آثار التصرفات التي أجراها ويكون بمقدورهم الطعن في صحة هذه التصرفات.

أما ثانيتهما فتلك الباشئة عن قاعدة (لا تركه إلا بعد سداد الديون) فإذا لم تكف التركة لسداد ديون المورث فلا يستطيع الدائنون الرجوع على الورثة بديونه مورثهم في أموالهم الحاضرة الغير متحصلة من الإرث. وفي المقابل فإن الحلف الخاص الذي هو بحسب الأصل غيراً بالنسبة لآثار التصرفات الصادرة عن سلفه قد تسري بحقه آثار العقد التي أبرمها سلفه بشرط أن تكون آثار العقد تتعلق بحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى حلف خاص إذا كانت من مستلزمات هذا الشيء وكان الحلف الخاص عالماً بها وقت انتقال الشيء إليه وفق ما تقتضي به المادة (٢٠٢) مدني أردني.

تضرر غير عاقدتها بشكل عام، غير أن حماية العير حسن النية وفي تطبيقات عديدة تخرق هذا المبدأ العام وتعاين شخصاً لم يكن طرفاً في العقد أو ممثلاً فيه وهو في جميع الاستثناءات على هذا المبدأ صاحب الحق أو الأصل، فتسري في حقه آثار العقد المبرم فيما بين شخص ليس له سد التصرف والغير حسن النية الذي أجرى التصرف اعتقاداً منه بصحة صفة المتصرف معه. ويمكن إجمال الاستثناء على مبدأ نسبية العقد في حالتها الوكالة الطاهرة، والملكية الطاهرة والمشار إليهما سابقاً حيث تؤدي الحماية إلى إسحاب آثار التصرف الذي أجراه الوكيل المنقصية وكالته في مواجهة الأصل رغم أن الأصل ينضي بعير ذلك، لأن الأصل لم تعد تربطه بالوكيل المنقصية وكالته أي رابطة وأن هذا الأخير لم يعد مخولاً بالتصرف باسمه أو لحسابه.

كما يسري أثر التصرف في مواجهة المالك الطاهر على المال العير مملوك له مع الغير حسن النية إلى تأثر المالك الحقيقي بآثار هذه التصرف، كأن تنزع ملكيته للمال، أو أن يترتب عليه حق عيني، وكل ذلك تحقيقاً لمصلحة الغير حسن النية.

وقد أن دعائر هذا الموضوع فلا بد من الإشارة إلى أن بعض الفقه قد بارع في اعتبار حماية العير حسن النية استثناءً على مبدأ نسبية آثار العقد، بالقول أن صاحب الحق (المالك، الموكل) لا يلتزم بموجب الأكثر المباشر للعقد لأنه ليس أحد أطرافه أو ممثلاً فيه، وأن التزامه يكون بطريق غير مباشر باعتبار العقد بالنسبة إليه واقعة قانونية لها أثر مباشر يشمل على الحق الذي يكتسبه الشخص الذي يتعاقد مع الوكيل الطاهر أو المالك الطاهر، وأثر غير مباشر يمثل التزام صاحب الحق^(١).

(١) نظر هذا الاتجاه الفقهي ونصيرلاته لدى صبري حاطر، العير عن العقد، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، ص ٩٣.

وفي الرد على هذه الاتجاه نقول، بأن حماية العير حسن النية تعد استثناءً على مبدأ نسبية العقد، وذلك لأن صاحب الحق يلتزم سواء كان مالكا للمال المتصرف فيه أو موكلًا سابقاً بأثر التصرف الصادر من المالك الظاهر أو الوكيل الظاهر بصورة مباشرة فالمالك الحقيقي أو الدائن أو الموكل السابق يفقدون الحق لصالح من يعتقد بوجود الظاهر، وهم بالتالي يلزمون بموجب أثر العقد، فالمالك الحقيقي يحرم من حق الملكية رغماً عنه، وهذا ليس أثراً غير مباشر وإنما هو أثر مباشر وزيادة على ذلك فإن المالك يلتزم بالأثر الشخصي للعقد، وبالتالي عليه أن يمتنع عن كل ما يعيق ممارسة حق الملكية عندما يكسبها العير حسن النية الذي يتعاقد مع المالك للظاهر أو الوكيل الظاهر.

ثالثاً: استثناء على مبدأ سريان التصرف القانوني

يقصد بفكرة سريان التصرف القانوني، أن التصرف القانوني فصلاً عن ترتيبه آثاره بين أطرافه، فإنه يعتبر نافذاً في مواجهة الغير، وليس للغير أن يتجاهل وجود هذا التصرف بمعنى أن التصرف واجب الاحترام من قبل الغير^(١).

إلا أن الأحذ بهذه القاعدة على إطلاقها من شأنه الإضرار بحقوق العير حسن وذلك في حالة ما أصر تصرف المتعاقدين بمصالحه. ولعل الحالة البارزة التي تتأثر فيها مصلحة العير حسن النية من مراعاة قاعدة سريان التصرف القانوني وحجته على الكافة هي حالة الصورية، فإذا ما أبرم المتعاقدان عقدين، أحدهما حقيقي والآخر صوري، فإن مصلحة الغير قد تتأثر سلباً جراء أحد هذين التصرفين، فلو أعملنا قاعدة سريان التصرف القانوني وحجته على الكافة،

(١) انظر في فكرة سريان التصرف القانوني محمد الهراشدة، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل، سنة ١٩٩٩، ص ٢ وما بعدها.

لتوجب على الغير احترام الآثار الناشئة عنهما على الرغم مما يطرأ عليه من الإضرار بمصلحته. إلا أن دوافع حماية الغير حسن النية وعدم إفساح المجال لإبرام التصرفات الصورية، دفعت بالمشروع الأردني إلى تجاوز هذه القاعدة ومنح الغير حسن النية حق التمسك بأحد العقدين أيهما محققاً لمصلحته وهو ما يعني عدم سريان آثار التصرف الآخر في مواجهته مما يوضح الاستثناء الوارد على هذه القاعدة.

فالمتعاقدان صدر عنهما تصرف حقيقي وتصرف ظاهري (صوري)، وكلا التصرفين بحسب قاعدة سريان التصرف القانوني واجب الاحترام والنعاذ في مواجهة الغير، إلا أن أحد هذين التصرفين يصر بمصلحة الغير حسن النية ولذلك فإن المشروع أعطاه الحق في التمسك بالتصرف الذي يحقق مصلحته، فإذا كان التصرف الصوري محققاً لمصلحته جاز له التمسك به، مما يعني أن التصرف الحقيقي لا يعتد به في مواجهة الغير وينحصر أثره فيما بين أطرافه والعكس صحيح فيما لو كان التصرف الحقيقي هو ما تتحقق به مصلحة الغير حسن النية. وصعوبة القول فإن تمسك الغير حسن النية بأحد العقدين يترتب عليه عدم سريان التصرف الآخر في مواجهته، وهذا جوهر الاستثناء.

المطلب الثاني

تمييز الحماية عما يشته به

إن مناط تمييز حماية الغير حسن النية عما يشته به، يتمثل بتحديد الفرق ما بين حسن النية في إطار هذه الحماية من جهة وحسن النية بمفهومه العام من جهة أخرى. إذ لا بد من البيان بأن حسن النية المقصود في هذه الدراسة يكتسب معنوياً محدداً ودقيقاً بحيث لا يحتلط بالمعاني المتعددة لحسن النية، ذلك أن حسن النية في إطار القانون المدني يكتسب العديد من المعاني مما يجعل أمر تمييز حسن النية للواجب توافره في الغير، حتى يكون جديراً بالحماية، أمراً لا غنى عنه، حتى يمكن الوصول إلى رؤية دقيقة لهذه الحماية.

ومن جهة ثانية فإن حسن النية ذاته يعد عاملاً مهماً في تمييز هذه الحماية عن أوجه أخرى لحماية الغير لم يكن لحسن النية هيها دوراً في إصفاء الحماية عليه. وتبعاً لما تقدم صوب نبدأ بتحديد مفهوم حسن النية في إطار هذه الحماية وتمييزه عن المعاني الأخرى لحسن النية عبر الفرع الأول في حين لخصص الفرع الثاني لأوجه حماية الغير التي تركز على حسن النية.

الفرع الأول

مفهوم حسن النية في إطار هذه الدراسة

إن حسن النية إصطلاح شائع يلجأ إليه المشرع في مواضع عديدة، غير أن هذا الاصطلاح يختلف من موضع لآخر، باختلاف الوظيفة التي يؤديها، فعلى الرغم من أن هذا

المصطلح يمكن تحديده بوجه عام بأنه قصد الالتزام بحدود القانون^(١)، فإنه في إطاره التفصيلي يأخذ معاني عديدة، تبعاً للوظائف التي يؤديها، وتبعاً لذلك فإن حسن النية في مفهومه العام أو التفصيلي ليس هو المقصود في هذه الدراسة إذ ينبغي أولاً استبعاد بعض المعاني لحسن النية لعدم تعلقها بالحماية المقررة للغير، ثم بعد ذلك يتم تحديد معنى حسن النية الذي يؤدي دوراً في حماية الغير.

أولاً: معنى حسن النية الذي ينبغي استبعاده

أشرنا أن حسن النية يؤدي العديد من الوظائف، ومن أبرزها وظيفة الموازنة^(٢)، وهي الوظيفة التي يؤديها في نطاق تنفيذ العقود والالتزامات وتفسيرها والتي تتمثل في وجوب مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد وتفسيره وفقاً لمقتضيات الأمانة والاستقامة والعدالة^(٣).

وهذا المعنى لحسن النية ينبغي استبعاده، لأنه ينحصر في أطراف العلاقات العقدية، فهو يمثل الإطار والروح التي يجب أن نسود العقد في كافة مراحله، فإذا تعددت معاني عبارات العقد وتعددت طرق التنفيذ التي تقتضيها الأمانة والاستقامة، وهو ما يجب مراعاته أيضاً في مرحلة إنشاء العقد وكذلك عبر مرحلة التفاوض السابقة على انعقاد العقد^(٤). وهذا المعنى لحسن النية

(١) انظر نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٢) انظر محسن النبيه، المرجع السابق، ص ١٠٢، وكذلك سيد بدوي، المرجع السابق، ص ٩١.

(٣) تضمنت هذا المعنى لحسن النية المادتين (١/٢٠٢) و(٢/٢٣٩) من القانون المدني الأردني فتص الأولي على أنه ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) في حين تضمن الثانية على أنه ((وإذا كان هناك محل لتفسير العقد يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء بذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين...))

(٤) سيد بدوي، مرجع سابق، ص ٩٣.

ينطوي تحت المفهوم الموضوعي لحسن النية والذي يقوم على مقتضيات ودعائم أخلاقية ومبادئ نبيلة^(١).

ثانياً: حسن النية بالمعنى المقصود في هذه الدراسة

وبعني به الحالة التي يجب أن يكون عليها الغير حتى يكون جبراً بالحماية، وهي الحالة المتصلة بالوظيفة الثانية لحسن النية وهي وظيفة الحماية المتمثلة في كفالة حماية أو منح حق لا يسمح به التطبيق العادي للقواعد القانونية^(٢). وتقوم تلك الوظيفة في مجال كسب الحقوق والحد من أثر بطلان التصرفات القانونية.

وحسن النية وفقاً لهذه الوظيفة أو هذا المعنى يقصد به مشروعية واستقامة موقف الغير الذي يكسب الحق بهذه الطريقة الخاصة^(٣). وهو ذو مدلول شخصي^(٤)، حيث يقوم على أن الجهل المنذر بواقعة معينة أو بطرف محدد من الظروف يكون منبسطاً لترتيب الأثر القانوني، بحيث يكون الحروح على الحكم التشريعي تبعاً لتحقيق الجهل بتلك الواقعة أو ذلك الطرف.

ولما كان هذا المدلول شخصياً، فهو يتصل بشخص الغير، ولا يبحث عنه خارج إطاره، غير أن المدلول الشخصي لحسن نية الغير لا يعني أن تلمس الأثر الموضوعي في بيان ما إذا كان الغير حسن النية أم لا، وذلك للتحقق من مدى أثر الشواهد والوقائع المادية على شوء جهل لغير في واقعة معينة أو طرف معين دفعته إلى إجراء تصرف أسفر عن وقوع المنازع مع صاحب الحق.

(١) سيد بدوي، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٢) انظر محسن النبيه، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٣) انظر سيد بدوي، المرجع السابق، ص ٧٤.

(٤) انظر سيد بدوي، المرجع السابق، ص ٧٤.

الفرع الثاني

الأثر المترتب على اعتبار حسن النية مناط حماية الغير

يبغي القول أن إشتراط توافر حسن النية لدى الغير حتى يمكن إسباغ الحماية عليه إذا نوزع في حق اكتسبه، يؤدي إلى استبعاد أي مطهر لحمايته لا يركز على حسن النية ويمكن أن نشير إلى مظهرين بارزين تتضح فيهما حماية الغير دون اشتراط توافر حسن النية في جانبه، فيتمثل أولهما في الحماية الناشئة عن لقاعدة العقبة بأن (القبض في العقد الفاسد يفيد الملك)، ويتمثل ثانيهما فيما تقرره المادة (٢/١٥) من قانون التسوية من حماية للغير الذي انتقل إليه بالفراغ أو البيع للعقر أو حصص الماء المعترض على قبدها في جدول الحقوق. وسوب نعرض لهذين المظهرين تباعاً عبر البدين التاليين:

أولاً: استبعاد الحماية الناشئة عن قاعدة (القبض في العقد الفاسد يفيد الملك)

وقد نصت على هذه القاعدة المادة (٢/١٧٠) من القانون المدني الأردني بقولها ((يثبت الملك في المعقود عليه بقبضه)) وتعود هذه القاعدة التي تقررها المادة السابقة إلى الفقه الحنفي الذي نقل عنه المشرع الأردني، وقد انفرد بها القانون الأردني ومن بعده قانون المعاملات المدنية الإماراتي^(١) دوناً عن باقي التقنيات المدنية العربية.

ومعاد هذه القاعدة أن المشتري بعقد فاسد إذا تصرف في العين للمشتراة بعد قصدها، كن الغير الذي تصرف له المشتري آمناً من أن تسترد العين من يده^(٢) حتى لو كان عالماً بفساد عقد

(١) المادة (٢١٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٢) راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص ١٧٨. وفي توضيح هذا المسلك التشريعي راجع محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص ١٦٧.

البائع^(١)، حيث يؤدي قبض المبيع إلى تحصين عقد المشتري المتصرف مع الغير من الفسخ، فلا يكون للمالك الأصلي استعمال هذا الحق (حق الفسخ) إذا ما انتقلت ملكية المال إلى الغير^(٢).

ويبرر مؤرخ الفقه الإسلامي عدم اشتراط قاعدة ((القبض في العقد الفاسد يفيد الملك))^(٣) توافر حسن النية لدى الغير (أي جهله لعيوب سند سلفه) في أن الفقه الإسلامي الذي هو مصدر هذه القاعدة، موصوعي النزعة لا يحل بالعاصر الدفعية، في حين أن الفقه اللاتيني الذي لم يماثل الفقه الإسلامي في الأخذ بهذه القاعدة، هو ذاتي النزعة، يقف عند النوبيا ويعنى بها^(٤).

ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أن تملك المعقود عليه بقضه استناداً إلى عقد فاسد، يتعلق ببائع الغير، والذي هو المشتري من المالك الأصلي بموجب العقد الفاسد، فما اعتبره مالكاً -على الرغم من كونه ليس كذلك لأن العقد الفاسد لا ينتج أثره حتى يصحح- إلا لحماية الغير الذي تعامل معه، فالمشتري إذا تصرف مع الغير، عد مالكاً، لكي يستطيع أن يملك الغير^(٥).

ومن نافلة القول، أن نشير، إلى أن هذه القاعدة والتي هي وليدة الصناعة الفقهية الإسلامية، تظهر بوضوح عظمة وتفرد الفقه الإسلامي وسبقه في تكريس فكرة الملكية الطاهرة على الفقه العربي، إذ بمقتضى هذه القاعدة فإن المشتري إذا تصرف للغير، اعتبر مالكاً، حتى يمكن تملك الغير، في حين أن الفقه الغربي لم يعمد إلى حماية الغير الذي تعامل مع شخص لا يتفق ظاهر حاله مع حقيقته إلا في وقت متأخر جداً عبر نظرية حديثة نسبياً وهي نظرية الأوضاع الطاهرة.

(١) سوار، المرجع السابق، ص ٦٧، وكذلك السهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دار الطباعة، القاهرة، ١٩٥٤، ص ١٨٦.

(٢) السهوري، مصادر الحق، للمرجع السابق، ص ١٨٦.

(٣) انظر سوار، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٤) انظر السهوري، مصادر الحق، للمرجع السابق، ص ١٨٦.

ثانياً: استبعاد حماية الغير المقررة بمقتضى المادة (٢/١٥) من قانون تسوية الأراضي والمياه

قد تؤدي أعمال التسوية وما تتضمنه من إعداد جدول الحقوق الأولي^(١) إلى قيد الأراضي أو حصص الماء بأسماء أشخاص ليسوا مالكيها، كأن ينسب حق تصرف شخص ما أو حق تملكه أو حق منفعة بكامله أو جزء منه إلى شخص آخر خطأ. ففي مثل هذه الحالة أتاح المشرع في قانون التسوية للمتضرر من الخطأ الواقع في جدول الحقوق الأولي الاعتراض إلى قاضي التسوية خلال مدة معينة.

ويؤدي الاعتراض، إذا ما ثبتت صحته، إلى تعديل جدول الحقوق الأولي وإعادة قيد أسماء المعارضين في الجدول^(٢). غير أن الاعتراض لا يؤدي إلى هذه النتيجة إذا قام المعارض عليه بالتصرف بالعقار أو حصص الماء، وإنما يؤدي الاعتراض إذا ما صح، إلى اقتصار حق المعارض على التعويض، وقد نصت على ذلك المادة (٣/١٥) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (٤٠) لسنة (١٩٥٢) بقولها ((كل من لم يتمكن من تقديم إدعائه على جدول الحقوق وفقاً لأحكام هذا القانون لنفيه عن منطقة التسوية بسبب الحرب، أو لأنه من أفراد إحدى الدول الحليفة، فإنه يعطى مهلة بتقديم إدعائه بشرط أن لا تزيد هذه المهلة في أي حالة على خمس

(١) يقتصر الاعتراض فقط على جدول الحقوق الأولي، أما جدول الحقوق النهائي، فلا يجوز الاعتراض عليه حتى لو قيدت للحصص به بأسماء غير مالكيها الحقيقيين، لأنه يعد عنواناً للحقيقة ويحور قوة القيد المطلق، ويقتصر حق المتضرر من الغش أو التزوير الواقع في جدول الحقوق النهائي على التعويض فقط، انظر للمادة (١٤) من قانون تسوية الأراضي والمياه، وانظر مزيداً من الإيضاح محمد الزعبي، قيود وسجل الأراضي الأردني نتيجة التسوية، بحث منشور في مجلة دراسات، العدد الثالث عشر، ١٩٨٦، ص ٣٤٤ وما بعدها.

(٢) محمد الزعبي، المرجع السابق، ص ٣٤١

سنوات من تاريخ إنهاء الحرب، وفي جميع الحالات المذكورة أعلاه يجوز لمحكمة التسوية إذا اقتنعت بصحة الدعوى أن تصدر قراراً بتصحيح جدول الحقوق إذا لم يكن العقار أو حصص الماء قد انتقلت إلى شخص آخر بالفراغ أو البيع، أما إذا كان العقار أو حصص الماء المدعى بها انتقلت إلى شخص آخر بالفراغ أو البيع فيجوز لها أن تحكم وفقاً لأحكام هذا القانون بتعويض عادل للمتضرر على من سجلت الأرض باسمه)).

وطاهر من خلال هذا النص أن المشرع في قانون التسوية قد أسبع حمايته على الغير المنصرف إليه بالعقار أو حصص الماء بصورة مطلقة، فلو أن من سجل العقار باسمه قام بالتصرف بالعقار إلى الغير بالبيع أو التنازل، ثم اعترض صاحب الحق على جدول الحقوق فل فوات مدة الاعتراض، فإذا ما حكمت المحكمة بصحة الاعتراض، فإنه ينبغي احترام حق الغير المنصرف إليه، وإبقاء اسمه على جدول الحقوق ويُنحصر حق صاحب الحق بمطالبة المتصرف بتعويض عادل.

ومما يؤكد عدم اعتداد المشرع بنية المتصرف إليه، هو أن صاحب الحق لم يكن العقار قد سجل باسمه في يوم من الأيام، فملكه للعقار أو حصص الماء لم تكن ثابتة بسند أو بموجب قيود رسمية.

وقد دفع هذا المسلك التشريعي بعض شراح القانون المدني الأردني إلى نقده، فيرى الدكتور محمد الرعبي أن هذه الحماية مقرطة في إطلاقها وأنه كان يتوجب لقتصارها على الغير حسن النية وبشرط أن يكون التصرف قد جرى له معاوضة^(١).

(١) انظر محمد الرعبي، المرجع السابق، ص ٣٤١-٣٤٢، وكذلك محمد وحيد الدين موار، الحقوق العيبية الأصلية، المرجع السابق، ص ١٣٦.

الفصل الثاني

الأساس القانوني لحماية

الغير حسن النية

الفصل الثاني

الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية

تمهيد وتقسيم:

كان لا بد من تخصيص فصل مستقل لبحث موضوع الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية، وذلك لما يتسم به هذا الموضوع من كونه مهماً وإشكالياً في آن معاً. فمن حيث الأهمية فإنها تتبع من ضرورة وضع هذه الحماية في إطار نظري محدد، وتأسيسها وفق شروط معينة على نحو تتحقق معه الحماية للغير حسن النية وفقاً لهذه الشروط، وفي كل حالة يتزاحم بها الغير حسن النية مع صاحب الحق. ذلك أن عدم وجود أساس قانوني مؤصل بشكل دقيق تُضبط وفقاً له الحماية بصوابط محددة، من شأنه أن يعصف بهذه الحماية، ويجعلها عرضة للإهدار بسبب اختلاف الاجتهادات القضائية في تفسير النصوص المقررة لها، فالنص التشريعي لا يكفي لوحده لتحقيق هذه الحماية، وأن الحالات العملية التي يبدو فيها الغير بحاجة للحماية، تختلف في ظروفها ووقائعها من حالة لأخرى، وبالتالي فإن من شأن غياب الأساس النظري المحدد الذي يصبط هذه الحماية، وفق ضوابط دقيقة، أن يؤدي إلى نشأت لأحكام القضائية وتفاوتها من حالة لأخرى، بل قد تختلف الأحكام القضائية في حالات متشابهة بسبب اختلاف الاجتهادات القضائية في تلمس شروط الحماية، فلا بد إذاً من وجود أساس قانوني ينطوي على شروط محددة وواضحة للحماية، ومنسجمة مع النصوص التي تقرر هذه الحماية، حتى يستطيع للقاضي أن يستند إليها في إسباغ الحماية على الغير إذا ما نوزع في صحة التصرف الذي أجراه.

وتوصيحاً لما تقدم فإن أهمية تحديد الأساس القانوني تبدو ملحة بشكل كبير جداً في الأحوال التي يدق فيها للتنازع بين مركز العير حسن النية الواقعي ومركز صاحب الحق القانوني، إذ لا يكفي حسن نية العير لترجيح مركزه بل يتعين توافر شروط موضوعية تنهض في جانب العير وتجعل أمر الانحياز له مستساغاً ومقبولاً ومبرراً. خاصة وأن النصوص التشريعية التي تعالج هذه الحالات لم تقصص عن هذه الشروط. فأمرها متروك للفقهاء واجتهاد القضاة. كما أن تحديد الأساس القانوني يكتسب أهمية كبرى، من حيث أنه قد يحفر القضاء على إرساء مبادئ قانونية تحمي الغير حسن النية، حتى في حالة غياب النص التشريعي.

على أن وضع أساس قانوني واحد لجميع مظاهر الحماية هو أمر غير متصور، وهذا يوضح الجانب الإشكالي في موضوع الأساس القانوني للحماية عموماً. ذلك أن عدم إمكانية توحيد الأساس القانوني لجميع مظاهر الحماية يشكل عقبة تعترض سبيل وضع نظرية متكاملة لحماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني وفي القوانين العربية المقارنة.

ذلك أنه إذا كان ممكناً رد الحماية في معظم مظاهرها لذات الأساس القانوني، نظراً لإمكانية تعميم الشروط التي يطوي عليها هذا الأساس على هذه المظاهر، فإن بقي مظاهر الحماية لا يمكن ردها لذات الأساس. والسبب في ذلك هو أن معظم مظاهر الحماية تتطوي عن تنازع بين القانون والواقع، ويتمثل ذلك بالتنازع بين العير - المتعامل مع الوكيل الظاهر أو المالك الظاهر في جميع حالات الملكية الظاهرة - مع صاحب الحق والذي لا يعدو أن يكون الموكل أو المالك الحقيقي أو الدائن الذي يضار من نفاذ تصرف مدينه مع الغير في مواجهته. فالعير في جميع هذه الأحوال يستند إلى مركز واقعي، في حين أن مركز صاحب الحق مركز قانوني، ونتيجة لذلك لمكن رد الحماية في هذه المظاهر إلى أساس قانوني واحد يتمثل في

نظرية الأوصاع الظاهرة، والتي تدخل لإزالة التنازع بين القانون والواقع. ونصحيح بعض النتائج غير المقبولة للتطبيق الحرفي للنواعد القانونية^(١).

أما باقي مظاهر الحماية، فإنها إما لا تنطوي إطلاقاً على تنازع بين القانون والواقع، أو أنها لا تتضمن دائماً مثل هذا التنازع. ف فيما يتعلق بالحالة التي لا تنطوي إطلاقاً على تنازع بين الواقع والقانون، فهي الحالة التي يكون فيها مركز العير وصاحب الحق كلاهما مركزين قانونيين كما هو الحال بالنسبة للغير الذي اكتسب حقاً عيبياً على المال المرهون رهناً تأمينياً أو حيازياً في الفترة الواقعة ما بين انفصاء الرهن وعودته، فالغير يستند إلى مركز قانوني المتمثل في التصرف الذي أجراه مع المدين للراهن وهو تصرف لا غبار على صحته، كما أن مركز الدائن المرتهن مركز قانوني أيضاً يتمثل في عقد الرهن، فالتنازع هنا تنازع بين مركزين قانونيين، وكما هو الحال أيضاً بالتنازع بين مركز الغير الذي اكتسب حقاً عيبياً على أموال التركة المدبنة والدائن العادي لهذه التركة.

أما الحالة التي لا تنطوي دائماً على تنازع بين القانون والواقع، فهي بلا شك حالة الصورية، ويتجلى ذلك أنه في الحالة التي يفضل فيها الغير العقد الحقيقي على العقد الظاهر فإن العير يستند في ذلك إلى مركز قانوني يتمثل في العقد الحقيقي المعبر عن الإرادة الحقيقية لطرفي التصرف الصوري، مما يتعين معه البحث عن أساس قانوني لحماية العير حسن النية من آثار التصرفات للصورية يصدق في جميع الأحوال التي يحتاج إليها العير إلى هذه الحماية. وعليه فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، بحيث نعرض في الأول للأساس القانوني المتمثل في نظرية الأوصاع الظاهرة، ثم نبحث في الثاني الأساس القانوني الذي يتجاوز نظرية الأوصاع الظاهرة.

(١) محسن البيه، المرجع السابق، ص ٢٠.

المبحث الأول

الأساس القانوني المتمثل في نظرية الأوضاع الظاهرة

تمهيد:

تعد نظرية الأوضاع الظاهرة^(١) من أهم النظريات التي تمخضت عن الجهود التي بذلها الفقه والقضاء معاً من أجل تحقيق قدر من المواءمة بين القانون والواقع، ويتحقق ذلك من خلال تصحيح بعض النتائج غير المقبولة، الناشئة عن التطبيق الحرفي للقواعد القانونية، والتي تؤدي إلى وقوع التناقض بين القانون والواقع. فدور نظرية الظاهر، إذن، تحقيق التوازن بين المراكز القانونية والمراكز الواقعية. كما تعد نظرية الأوضاع الظاهرة الأساس القانوني الوحيد الممكن للجوء إليه لتحقيق التوفيق بين القانون والواقع، وذلك لأنها نظرية متكاملة العناصر والأركان خلافاً للأفكار الأخرى التي قال بها الفقه كما سنرى في إطار جهوده لتحقيق التوفيق بين القانون والواقع. فهذه الآراء لا ترقى لأن تكون نظرية متكاملة كما هو الحال بالنسبة لنظرية الأوضاع الظاهرة وإنما هي مجرد آراء فلسفية محصنة كما هو الحال بالنسبة لفكرة العلط الشائع وفكرة حسن النية وفكرة استتار المعاملات وفكرة الثقة المشروعة.

(١) يعتبر للفقيه الفرنسي لويس كريمو (Louis Cremiev) أول من استخدم تعبير نظرية الظاهر على الرغم من أن هذه النظرية تردت في أصولها الفلسفية إلى الفقه الألماني، بيد أن تبلورها وصرورتها نظرية متكاملة جاء على يد القصاص الفرنسي، وذلك في قرار أصدره مجلس الدولة الفرنسي في ٢ يوليو سنة ١٨٠٧ عندما صرح مجلس الدولة الأوراق الرسمية التي أصدرها من ليسوا ذوي صفة في إصدارها بحكم القانون. وقد ورد في حيثيات هذا القرار أنه في جميع الأزمان وفي جميع التشريعات فإن الخلط الشائع وحسن النية يكفيان لتعطيل المحاللات التي تقع في التصرفات والأحكام والتي لم يكن في وسع الأطراف توقعها أو تعاديبها ومن هذا التاريخ دأب القصاص الفرنسي على تطبيق فكرة الظاهر يعبر تردد وخاصة في موضوع الوارث الظاهر والوكيل للظاهر والشركة الفعلية. لنظر تفصيل ذلك لدى محسن البنية، المرجع السابق، ص ٢ وما بعدها وبعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها..

إلا أن نظرية الأوضاع الطاهرة في مراحل تبلورها وحتى اكتمالها، ارتكزت على بعض هذه الآراء حتى أصبحت من أركانها، فالعطف الشائع وحسن النية يكونان معاً للركن المعنوي للظاهر واستقرار التعامل والنقطة المشروعة هما اللذان يبرران الاستناد لنظرية الأوضاع الطاهرة أصلاً.

وعلى أية حال فإن دراستنا لهذا المبحث سوف تتم في ثلاثة مطالب، نخصص المطلب الأول لدراسة مدلول الظاهر، ونخصص المطلب الثاني لدراسة أركان الظاهر في حين في الثالث النطاق التطبيقي للظاهر.

المطلب الأول

مدلول الظاهر

الفرع الأول

تعريف الظاهر

لا يقصد بالظاهر الغالب أو الناز أو المحسوس الذي تدركه الحواس، وعكسه الباطن أو الخفي الذي لا يدرك بالحواس، وهو أيضاً ليس ذلك المحسوس الذي يعبر عن مركز قانوني حقيقي^(١)، وإنما يقصد به ذلك المحسوس المخالف للحقيقة، والذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون^(٢)، أو هو ذلك المحسوس، الخادع، المخالف للأوضاع القانونية الصحيحة والمتولد عن ممارسة شخص لمزايا أو مكناات أو سلطات أو اختصاصات مركز على خلاف مقتضى القواعد

(١) سعودي سرخان، المرجع السابق، ص ٤ وما بعدها. وماجد الطو، مرجع سابق، ص ٨.

(٢) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٤. وسعودي سرخان، المرجع السابق، ص ٤.

العامّة، أو بالمخالفة للنظم المتبعة والمرعية في هذا الشأن^(١).

فممارسة هذا الشخص لهذه السلطات أو الاختصاصات لا تستند إلى القانون، وإنما تستند إلى الواقع، وناشئة عن استناد هذا الشخص إلى تفسير غير سليم للقانون، بحيث يكون الظاهر هو المركز الفعلي الذي يخالف الحقيقة، أي الذي لا يستند إلى القانون، ويتناقض مع مركز آخر يحميه القانون.

وغني عن البيان أن مباشرة الشخص لسلطات واختصاصات مركز ليس له، لا تكسبه أي حق في مواجهة صاحب المركز الحقيقي، وأن الأمر محسوم دائماً لمصلحة هذا الأخير في العلاقة ما بينه وبين صاحب المركز الفعلي، وكما يطلق عليه بصاحب الوضع الظاهر^(٢).

ولكن المشكلة تثور وتصبح إزالة التنازع التي يحلقها الظاهر من الأمور الشائكة، وذلك فيما لو أجرى صاحب الوضع الظاهر تصرفاً أكسب بمقتضاه شخصاً آخر اجنبياً عن الظاهر، حقاً على الشيء موضوع الحق. إذ يتوجب في هذه الحالة للمفاضلة بين حق الغير (الأجنبي عن الظاهر) في الاستفادة من آثار التصرف الذي أجراه بحسن نية، والاعتراض بالحقوق التي اكتسبها بموجب هذا التصرف، وبين حق صاحب الحق مالكاً كان أم دائناً، في عدم نفاذ التصرف في مواجهته، وعدم إلزامه بما نشأ عنه من آثار. وفي خضم هذا التنازع يبرز دور الظاهر كأساس للترجيح بين المصالح المتعارضة، فالظاهر إذا اكتملت أركانه وعناصره، فإنه يصبح عنواناً للحقيقة، ومصدراً للحق، حيث يؤدي الاعتداد به إلى تغليب مركز الغير حسن النية، الذي اطمأن للظاهر المستقر وأجرى تصرفه في ظله وتحت تأثيره. ويتجلى ذلك بتصحيح

(١) سعودي مرحل، المرجع السابق، ص ٤ وما بعدها، ومحسن البني، مرجع سابق، ص ٧.

(٢) فيكون لصاحب الحق أن يرجع على صاحب الظاهر للمطالبة لا بمقابل الحق الذي انتزع منه وإنما بالتعويض عنه، انظر تفصيل ذلك فتحة قرء، مرجع سابق، ص ٢٧.

التصرف الذي أجراه الغير مع صاحب الوصع للظاهر واعتباره منتجاً لكافة آثاره، وبالتالي حصول للغير على كافة المزايا والمنافع الناشئة عن التصرف بعد تصحيحه.

وصفوة القول، فإن إقرار الظاهر والاعتراف به يؤدي إلى اعتبار التصرف، الذي أجراه الغير صحيحاً منتجاً لكافة آثاره، كما لو أبرمه مع صاحب الحق الأصلي^(١). وهذا الدور الذي يقوم به الطاهر، تكرسه التطبيقات التشريعية للظاهر، والتي سبق أن أشرنا إليها في مطلع هذا الفصل وسنشير إليها لاحقاً بشيء من التفصيل، حيث أن الحماية التي توفرها هذه التطبيقات للغير حسن البية فتوقف على مدى اكتمال الطاهرة، فإذا ما اكتمل، عد التصرف الذي اكتسب الغير بموجبه حقاً، صحيحاً كما لو أنه صدر من ذي صفة.

وقد توارثت أحكام القضاء على إيصال دور الطاهر وأثره في حماية الغير حسن النية، بصورة دقيقة وواضحة، من ذلك الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٦٢ والذي اعتبرت فيه أن تصرفات الدائب للظاهر، ترتب آثارها في مواجهة الموكل، حماية للغير حسن النية، كما لو كان الدائب الطاهر يملك سنداً قانونياً في إبرامها^(٢).

وفي ذات الاتجاه استقر قضاء محكمة النقض المصرية في جميع أحكامها التي اعتبرت فيه نظرية الطاهر قاعدة واجبة الإعمال ومنها للحكم الشهير الصادر عام ١٩٧١ والذي جاء فيه ((يترتب على التصرفات الصادرة عن صاحب المركز الظاهر، المخالفة للحقيقة إلى الغير حسن النية، ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد اعتقاداً عاماً بمطابقة المركز للحقيقة))^(٣).

(١) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٥٨، ومحسن البعبي، مرجع سابق، ص ٨.

(٢) نقص فرنسي ١٩٦٢م، مشار إليه لدى هتحة قره، مرجع سابق، ص ٩١.

(٣) نفس مني مصري، ٣٠ نوفمبر ١٩٧١. مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، ١٩٧١، ص ٩٥٩.

وهذا ما عبرت عنه محكمة التمييز الأردنية في العديد من أحكامها، حيث اعتبرت أن الاعتداد بالطاهر، يؤدي إلى اعتبار تصرف الغير مع صاحب الوضع الطاهر، كما لو أنه أجرى تصرفاً مع صاحب المركز الحقيقي، فبشأ عنه ذات الآثار التي تتولد عن التصرف الحقيقي، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز ((إن نظرية الوكالة الظاهرة والتي أخذ بها القضاء وأيدها الفقه، جاءت لمواجهة الضرورات العملية، التي يتطلبها استقرار التعامل بين الناس ويكفي لإثباتها أن يثبت حسن نية الغير، والمظهر الخارجي للشخص الذي يتعامل معه بأنه مناب عن الموكل وأن ما أجراه من تصرف بالاستناد للمظهر الخارجي يكفي لترتيب آثار النيابة القانونية في الالتزام))^(١).

الفرع الثاني

الأساس القانوني للطاهر

طراً لما تتميز به نظرية الأوصاع الطاهرة من طابع فلسفي من جهة، ولدقة ما توجبه من شروط لأجل حماية الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي من جهة ثانية فقد حاول الفقه إيجاد أساس قانوني لرد نظرية الأوصاع الطاهرة إليه، وفي هذا الإطار فقد تنوعت آراء الفقهاء في تحديد الأساس القانوني للطاهر، فذهب جانب إلى تأسيس نظرية الطاهر على فكرة الخطأ، وآخر على فكرة الثقة المشروعة وآخر على فكرة المخاطر وتحمل التبعة وآخر على فكرة النيابة في حين رأى بعض الشراح أن الطاهر داته كاهياً للاستناد إليه لحماية الغير حسن النية، وسوف نلقي الضوء على هذه الآراء تباعاً عبر البنود الخمسة التالية:

(١) تمييز حقوق رقم ٩١/١٢٤٥، مجموعة لمبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية ما بين عامي ١٩٩٢-١٩٩٥، إمداد المحامي إبراهيم أبو رحمة، ج ٨، قسم ٣، ص ٢٠٥٥.

أولاً: اللجوء إلى فكرة الخطأ:

ويستند هذا الرأي إلى أنه لا يتصور قيام الوضع الظاهر إلا بمساهمة صاحب الحق، أو على الأقل بإهماله وعدم احتياظه ورعوثته^(١). فصاحب الوضع الظاهر استناداً إلى هذا الرأي - ما كان ليظهر أمام الكافة بأنه صاحب حق، إلا لأن صاحب الحق قد أهمل في تفصي ماله والحفاظ عليه مما أدى إلى ظهور شخص بمظهر المالك عليه، وبالتالي يكون صاحب الحق مسؤولاً مسؤولية شخصية مؤسسة على الخطأ وهذه المسؤولية توجب التعويض عن الضرر اللاحق بالغير، وخير تعويض هو استيفاء الحق الذي كسبه الغير من صاحب الوضع الظاهر، بحيث لا يتأثر بدعوى الاستحقاق أو المطالبة بالمال التي يرفعها المالك الحقيقي (صاحب الحق)^(٢). وقد جوبهت هذه الفكرة بانتقاد مفاده، أن تأسيس تصحيح تصرفات صاحب الوضع الظاهر استناداً لفكرة الخطأ قد يؤدي إلى إهدار حماية الغير حسن النية في حالة إذا لم ينسب إلى صاحب الحق أي خطأ أو إهمال كما لو عادت ملكية الشيء إلى صاحب الحق بأثر رجعي بعد أن تصرف فيه من زالت عنه الملكية بأثر رجعي^(٣).

ثانياً: اللجوء إلى فكرة الثقة المشروعة:

وتنسب هذه الفكرة إلى الفقيه الفرنسي ليفي (LEVY) ومؤدى هذه الفكرة أن صاحب الحق يضع على عاتقه واجب التمسك بحقه والدفاع عنه وعدم تركه للغير إلا بإرادته. فإن لم يراع هذا الواجب بإهماله وقلة احتياظه كان مساهماً في إيهام الغير وخديعته مما يترتب عليه أن تترتب في حقه كافة آثار التصرف الذي أجراه الغير مع صاحب الوضع الظاهر تحت تأثير هذا

(١) يسبب هذا الرأي للفقيه الفرنسي جازون (Jazon)، مشار إليه لدى محسن البيه، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

(٢) انظر بخصوص هذه الفكرة محسن البيه، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها، وفتحية قرة، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٣) انظر نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٣٧ - ٣٨.

الوهم على اعتبار أن مخالفة صاحب الحق للواجبة في الدفاع عن حقه وعدم إهماله تقرر مساعلته وبالتالي فقدانه لحقه^(١) وقد وجه إلى هذه الفكرة مثل ما وجه إلى فكرة الخطأ من نقد، إذ كيف ينسب لشخص إخلال بثقة الغير المشروعة في أدائه لواجبه في المحافظة على حقه، إذا كان ظهور صاحب الوصف الظاهر على ماله قد تم بغير علمه أو إرادته^(٢)، كما يرى البعض أن الواجب الذي تشير إليه هذه الفكرة هو واجب أخلاقي وليس قانوني^(٣).

ثالثاً: اللجوء إلى فكرة المخاطر وتحمل التبعة:

وتقوم هذه الفكرة التي تنسب للفقير الفرنسي كريمو (CREMIEU) على أن المالك للمال يجب أن يتحمل المخاطر التي ينطوي عليها التعامل ومنها مخالفة الحقيقة للظاهر الذي تم التعامل على أساسه لأن تأمين حركة التعامل مصلحة عامة تعلق المصلحة الخاصة للمالك، وأن مصلحة حسن سير المعاملات المالية تمثل مصلحة عليا وراجحة على ما عداها من المصالح، وبالتالي فإنها تكفي لتبرير نزع ملكية المالك الحقيقي^(٤).

ويعاب على هذه الفكرة عدم استنادها إلى أساس قانوني واضح فهي لا تنطوي على أية فكرة قانونية وإما هي مجرد رأي فلسفي محض تأباه طبيعة الأمور كما ول تحمل التبعة كفكرة ليس مسلماً به حتى في مجال المسؤولية المدنية^(٥).

رابعاً: اللجوء إلى فكرة النيابة^(٦):

وتقوم هذه الفكرة على رأي معاده أن الشخص عندما يتصرف في مال من الأموال، فإن

(١) انظر نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٣٨-٣٩، وكذلك فتحية قره، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٢) نعمان جمعة، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٣) انظر تفصيل ذلك لدى محسن البنيه، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٤) انظر محسن البنيه، مرجع سابق، ص ٤٠، ونعمان جمعة، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٥) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٤٠، وفتحية قره، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٦) تنسب هذه الفكرة إلى الفقيه الفرنسي كاربونييه (CARBONNIER) حيث أشار لمخلص رأيه في هذا

الموضوع محسن البنيه، المرجع السابق، ص ٤٩-٥٠.

ذلك يكون إما لأنه يتصرف في مال له، وإما لأنه ينوب عن صاحب هذا المال، في التصرف فيه. وإنطلاقاً من هذا المفهوم، فإن صاحب الظاهر حينما يتصرف في مال لا يملكه، فإنما يتصرف فيه باعتباره نائباً عن صاحبه، ما دام يحتج بهذا التصرف على صاحب الحق، فصاحب الظاهر قد ظهر أمام الغير بمظهر صاحب الحقيقي للحق، لونه على الأقل قد قام بإدارة أعمال هذا الأخير، وبمقتضى هذا التصرف من النائب، يفقد المنيب - وهو هنا الوارث الحقيقي - حقه ويكتسبه المتصرف إليه، أي الغير^(١).

ولا يخفى ما يعتري هذه الفكرة من مطاعن من شأنها أن نجعلها غير جديرة بالقبول، وليس أقل هذه المطاعن والانتقادات أن هذه الفكرة تقوم على الافتراض. وذلك بافتراضها الإرادة الضمنية لصاحب الحق في إنابة غيره (صاحب الوضع الظاهر) بالتصرف نيابة عنه. ومن ناحية أخرى فإن للنياية مصادر محددة لا تقوم النياية بغيرها، فالنباية إما أن تكون اتفاقية أو قانونية أو قضائية ولا تكون في غير هذه الأحوال أما في حالة الظاهر فإن صاحب الحق لم يوكل صاحب الظاهر^(٢).

خامساً: اللجوء إلى فكرة الظاهر ذاتها:

يرى بعض الشراح^(٣) أن مظهر الحق متى كان معقولاً ينبغي أن ينتج في العلاقة مع الغير نفس الآثار التي ينتجها الحق نفسه، ذلك لأن المظهر المستقر المبرر يصلح في ذاته أساساً

(١) انظر تفصيل هذه الفكرة لدى محسن البديه، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) فتحية قرء، للمرجع السابق، ص ٢٩.

(٣) بعضا جمعة، مرجع سابق، ص ٤٧. وقد نهى هذا الرأي عبد الباسط الجمعي في رسالته عن نظرية الأوصاف للظاهرة، ونشر في هذا الخصوص إلى أننا قد بنينا ما في وسعنا للحصول على نسخة من رسالة عبد الباسط الجمعي باعتبارها أهم مرجع عربي في هذا الخصوص ولكننا لم نوفق، فاككتنا بالإحالة إليها من خلال المؤلفات العقوبة التي تناولتها واعتمدت عليها.

قانونياً كافياً لإقرار ونفاذ التصرف الذي أبرمه الغير مع صاحب الوضع الظاهر، فالسبب في حماية الغير هو وجود المظهر والبحث وراءه هو بحث فلسفي يجاوز حدود القانون.

ونرى بأن هذا الرأي على الرغم من وجاهته فإنه ليس عصياً على النقد، إذ كيف يمكن للظاهر الخادع أن يستقر دون أن تتظاهر عوامل عدة في استقراره. وهل مجرد إدعاء شخص بأنه مالك للمال وأن في وسعه التصرف به كافٍ لتبرير حماية الغير المتعامل مع هذا الشخص مع ما يترتب عليه من نزع ملكية صاحب الحق.

ونضيف بأن الظاهر لا يمكن له أن يستقر بحيث يندفع به الغير ويجري تعامله على أساسه إلا إذا كان منسوباً لصاحب الحق، بأن يكون قد ساهم بخطئه أو إهماله إما في نشوء الظاهر أو في استقراره. ولذلك فإننا نرى بوجود تأسيس نظرية الأوضاع الظاهرة على فكرة الخطأ المنسوب لصاحب الحق حتى يمكن تدوير إلزامه بتصرفات صاحب الوضع الظاهر بحيث يتوجب التقصي عن ضرورة أن يكون الركن المادي للظاهر ناشئاً عن تقصير صاحب الحق أو إهماله.

الفرع الثالث

وحدة مفهوم الغير

مما يميز نظرية الأوضاع الظاهرة، وحدة مفهوم الغير في إطارها، فلا يختلف مفهوم الغير في أي من الحالات التي تستند فيها الحماية لنظرية الأوضاع الظاهرة، فالغير بخصوص الظاهر هو الأجنبي عن الظاهر ذاته، ولا يكون الغير أجنبياً عن الظاهر إلا إذا لم يقم أو لم يساهم في وجود الظاهر واستقراره وليس خلفاً عاماً أو معتمداً بواسطة صاحب الوضع الظاهر

في خصوص هذا الوضع^(١)، وهو في الوقت ذاته قد تعامل مع صاحب الوضع الظاهر بقصد الحصول منه على حق أو ميزة^(٢).

فحتى تتحقق صفة الغيرية في المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر سواء كان وكيلاً ظاهراً أم مالكاً ظاهراً أم دائناً ظاهراً في التشريعات التي أقرت فكرة الدائن الظاهر فلا بد أن يكون المتعامل أجنبياً تماماً عن المطهر المادي للوكالة الظاهرة أو الملكية الظاهرة، فضلاً عن ألا يكون خلفاً عاماً للوكيل أو المالك أو ممثلاً بواسطة أي منهم، ويترتب على ذلك أن مساهمة الغير في نشأة الظاهر واستقراره، بأن كان يعلم حقيقة الظاهر أو ساهم في نشأته^(٣) يؤدي إلى انتفاء صفة الغيرية بالنسبة له. كما يترتب على ثبوت كونه خلفاً عاماً لصاحب الوضع الظاهر أو كونه ممثلاً بواسطة انتفاء صفة الغيرية أيضاً. والحقيقة أن مناط اعتبار المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر غيراً - أن يكون أجنبياً عن الظاهر - هو أمر يرتبط بحسن أو سوء نية هذا المتعامل، فلا يمكن لشخص أن يساهم في نشأة واستقرار وثبات وضع ظاهري دون أن يكون عالماً بحقيقته، فإذا كتم شخص حبر وفاة الموكل عن الوكيل رغم علمه بأن وفاة الوكيل يترتب عليه انتهاء الوكالة، ومع ذلك أجرى تصرفاً مع الوكيل، فإنه بذلك يكون قد ساهم في نشأة للظاهر وفي استقراره وأن قيامه بإجراء التصرف مع الوكيل من شأنه أن يخلق الاعتقاد بثبوت وكالة الوكيل عن موكله رغم وفاة هذا الأخير.

(١) فتحة ثرة، المرجع السابق، ص ٢٩

(٢) نعمان جمعه، مرجع سابق، ص ٤٦

(٣) يد من قبيل مساهمة المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر في نشأة للظاهر واستقراره كتم خبر عزل الوكيل إلى كل مكلماً بذلك أو كتمه حبر بقاء الوارث الحقيقي على قيد الحياة أو كتمه حبر زوال مانع الميراث عن أحد الورثة عند تقسيم التركة رغم علمه بذلك، انظر سيد بدوي، المرجع نفسه، ص ٥٢٥.

وعلى أية حال فإن التحقق من مدى توافر صفة الغيرية فيمن أجرى تصرفاً مع صاحب الوضع الظاهر متروك لسلطة المحكمة التقديرية خاصة وأن ذلك مرتبط أحياناً بحسن نية هذا المتعامل أو سوءها، ذلك أنه على الرغم من أن سوء النية لا يعني مساهمة هذا المتعامل في إنشاء الظاهر أو استقراره إلا أنه قد يصلح قرينة على انتفاء صفة الغيرية في هذا التعامل، ويترتب على انتفاء صفة الغيرية عدم الحاجة إلى البحث عن باقي شروط الظاهر، وإن إثبات انتفاء صفة الغيرية في المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر يقع على عاتق صاحب الحق الأصل وله أن يثبت بكافة طرق الإثبات.

المطلب الثاني

أركان الظاهر

إن الظاهر بوصفه مصدراً للحق، لا يكون كذلك إلا إذا استجمع أركانه. والفقهاء والقضاء مستقران على أن للظاهر ركنان، أحدهما مادي، يتصل بصاحب الوضع الظاهر الذي ظهر بمظهر صاحب الحق، والآخر معنوي يتصل بالغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر، ونظراً لأن نظرية الظاهر متكاملة الأركان، فلا بد من اجتماع هذين الركنين معاً واكتمالهما، وسوف نعرض لهذين الركنين عبر الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الركن المادي للظاهر

يقصد بالركن المادي الذي يدخل في تكوين الظاهر المحالف للحقيقة، تلك الشواهد المادية الخارجية والتي تمثل حقيقة مرئية، تبدو كمظهر لمركز قانوني صحيح في الواقع، تدعو العير إلى الاعتقاد بأن من تتوافر فيه هذه الشواهد والعناصر هو صاحب للمركز القانوني، مما يدفعه للتعامل معه^(١). فالركن المادي ما هو إلا شواهد للخارجية وهذه الشواهد الخارجية لا بد وأن تكون مبنية على واقعة منشئة لها ومقررة للمركز الفعلي لصاحب الوضع الطاهر بصفة عامة، فالركن المادي للظاهر قد يكون ناشئاً عن تصرف إرادي أو واقعة مادية، أو قرار إداري أو حكم قضائي يخول شخصاً ما بأن يباشر مكات لومزايا أو اختصاصات أو صلاحيات بمنحها مركز قانوني معين لصاحب الحق الأصيل^(٢). فقد يكون الركن المادي ناشئاً عن صدور تصرف قانوني باطل أو منعدم أو عرصة للفسخ أو الزوال إلى شخص معين، فمن شأن هذا التصرف أن يظهر من صدر له التصرف بمظهر الملك للمال مما يدفع للغير إلى التعامل معه^(٣)، وقد يكون الركن المادي ناشئاً عن واقعة مادية كقيام شخص بتزوير سند بصورة متقنة، مما يظهره أمام الغير بأنه مالك للحق الثابت في السند أو أنه نائب عن الدائن في استيفاء حقه من المدين إذا كان السند عبارة عن مخالصة صادرة عن الدائن الحقيقي^(٤).

وقد يتمثل الركن المادي في حكم قضائي يتضح فيما بعد فساد له خطأ في القانون أو

(١) سعودي سرحان، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٢) انظر هتحة قره، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٣) انظر مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٩، وهتحة قره، المرجع السابق، ص ٣١.

(٤) انظر فتحة قره، المرجع السابق، ص ٣١.

لاستقاده إلى وقائع غير صحيحة أو إلى سند قانوني ثبت فيما بعد تزويره^(١)، ذلك أنه من شأن هذا الحكم القضائي الحاطي أن يثبت ملكية شخص معين على مال معين، مما يطهره أمام الغير بأنه المالك الحقيقي للمال^(٢).

وقد تكون الحيازة سبباً في نشوء الركن المادي للظاهر، فمن يحوز عقاراً بهدوء وعلانية وبدون لمس أو غموض ودون منازعة من أحد لا بد أن يطهر أمام العامة بمظهر المالك مما يدفع الغير إلى التعامل معه على هذا الأساس^(٣).

وقد يكون الركن المادي ناشئاً عن توافر شواهد مادية خارجية كبقاء سند الوكالة في يد الوكيل رغم انقضاء وكالته أو كحيازة شخص لسد المخالصة الصادر من الدائن والتقدم به إلى المدين باعتباره دليلاً أو وكيلاً عن الدائن في استيفاء الدين.

وما ذكرناه من حالات وشواهد لنشوء الركن المادي للظاهر ليست على سبيل الحصر، وذلك لأن الواقع المتنوع قد يقدم العديد من الأوضاع والحالات المشبهة للركن المادي للظاهر.

ومما هو جدير بالذكر أن تحقق الركن المادي للظاهر لا يتوقف على الحالة النفسية لصاحب الوصف الظاهر، فسواء كان عالماً بانعدام صفته أو انقطاع سنده القانوني فسي إجراء التصرف أو لم يكن، فإن الركن المادي يقوم^(٤) ويبقى اكتمال الظاهر رهناً بتحقيق الركن المعنوي

(١) انظر تعمل جمعة، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) يضرب الفقه مثلاً على هذه الحالة قضية لابوسير التي أثرت أمام القضاء الفرنسي، حيث كان القضاء قد حكم بأموال التركة لموصى له ثبت فيما بعد أن وصيته مرورة، وقد اعتبره القضاء وارثاً ظاهراً بالرغم من إلغاء وصيته وذلك لأن الغير قد تعامل معه على أساس حكم قضائي اعترف بصفته كموصى له. لمزيد من التفاصيل راجع فتحية قرعة، المرجع السابق، ص ٢١.

(٣) انظر مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٥، وفتحية قرعة، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٤) لم يراع المشرع الأردني والمقارن هذا المفهوم فيما يتعلق بحالة الوكالة الظاهرة حيث اشترط أن يكون الوكيل المتعامل مع الغير غير عالم بانقضاء الوكالة. راجع المواد (١١٤) أردني و(١٠٧) مصري و(١٠٨) سوري.

الفرع الثاني

الركن المعنوي للظاهر

وهو الركن المتعلق بالغير مدار الحماية، ولا يمكن البحث عنه خارج إطار العير. وتكمن أهمية الركن المعنوي في تدعيم الركن المادي، فإذا كان الركن المادي هو المركز الواقعي الذي لا يستند إلى القانون، وليس من شأنه أن يربط أثراً قانونياً لصالح أحد، فإن الركن المعنوي هو الذي يضيف شكلاً متكاملًا للظاهر، ويقدم المبرر لإضفاء الحماية على الغير الذي حدع بالمركز الواقعي المخالف للقانون، فتوافر الركن المعنوي من شأنه تبرير وضع العير، وتأكيد جدارته بالحماية.

ويقصد بالركن المعنوي، عدم علم الغير أو عدم إمكانية علمه بانهيار الصفة القانونية لصاحب الوضع الظاهر^(١)، أو بمعنى أدق انقطاع منته القانوني في إجراء التصرف مع الغير. وهذا يعني أن عماد الركن المعنوي هو حسن نية العير والتي لا بد أن تتحقق بالمعنى المتقدم، على أن حسن النية لا يكفي بذاته لترتيب آثار الظاهر، بل يجب أن يقوم حسن النية على أسباب تبرره، وهو ما دفع الفقه إلى استخدام تعبير حسن النية المبرر أو للمعقول أو الشائع^(٢). وهو ما يعني أن يكون حسن نية الغير قائماً ومستنداً على أسباب موضوعية ناشئة عما يعرف بالعلط الشائع أو الخلط المعقول.

ومما سبق، يتضح أن الركن المعنوي لا يكتمل دون توافر عنصرين، أحدهما يكمل الآخر، وهما حسن النية لدى العير، والعلط الشائع الذي يستدل منه على توافر حسن النية لدى

(١) غنيحة قره، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٢) مجدي عزالدين، مرجع سابق، ص ٢٥٣. ونعمان جمعة، مرجع سابق، ص ٣٣.

الغير أم لا، والذي يعد بحسب رأي الفقه - عصر ترجيح ورقابة على حسن النية^(١)، وعليه فسوف ندرس الركن المعنوي للطاهر من خلال هذين العنصرين.

أولاً: حسن النية:

وهو عنصر ذاتي يتعلق بالغير، فلا يبحث عنه خارج نطاقه، ويقصد به عدم علم الغير المخلص والسهائي والبات بالصفة الحقيقية للمتصرف معه، أي عدم علمه بأن من يتعامل معه ليس ذا صفة في إجراء التصرف معه^(٢)، فحسن النية إذاً ينبنى على اعتقاد مخالف للحقيقة، ناشئ عن غلط وقع فيه الغير. وعدم العلم يصب على صفة المتصرف، لأن العلم بوقوع عيوب أخرى غير عيب لاندغام الصفة لا ينفي حسن النية^(٣)، ويترتب على ذلك أن الجهل بوقائع وعيوب أخرى مع العلم بصفة المتصرف، لا ينفي حسن النية، لأن مناط حسن النية في إطار نظرية الطاهر، هو عدم العلم بصفة المتصرف، أو عدم إمكانية ذلك^(٤).

وعدم العلم بصفة المتصرف، يجب أن يكون باتاً ونهائياً ومخلصاً، وذلك بأن يكون الغير متيقناً ومتأكداً ولا يساوره أدنى شك في أنه يجري التصرف مع صاحب الحق، فإذا توافر الشك لدى الغير في صفة المتصرف معه، سواء تعلق بصفة المتصرف الذي يستند إليه حقه أو باستقرار حقه نهائياً، فإن هذا الشك ينفي حسن نية الغير، ويظهر سوء نيته، لأن حسن النية يفرض على الغير واجب التحقق من صفة المتصرف إذا ثار الشك حوله، وتقصيره، في القيام بمثل هذا التحقق والتحميص يؤدي إلى استبعاد حسن نيته^(٥)، فعلى سبيل المثال، لا يمكن اعتبار

(١) انظر: مجدي عز الدين، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

(٢) انظر: سعودي سرحان، المرجع السابق، ص ٢٥٧. وكذلك نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٣٢.

(٣) انظر نوري خاطر، المرجع السابق، ص ٢٥٣، وسعودي سرحان، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

(٤) انظر نوري خاطر، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٥) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٣٢.

الغير حسن النية إذا تولد لديه الشك في صفة المتصرف أو استقرار حقه نهائياً، ومع ذلك سارع في إيراد التصرف معه، كما لو علم للغير بأن سلعه لم يسدد ثمن الشيء موضوع التصرف ورغم ذلك أجرى التصرف معه -فهنا- لا يمكن الوثوق بهذا الغير، ولا يمكن القول بتوافر حسن النية لديه، لأن علمه بعدم سداد سلعه لثمن الشيء موضوع التصرف، يعني علمه باحتمال فسخ سند ملكيته، ومثل هذا العلم من شأنه أن يدخل الشك في نفسه فيما يتعلق بنهائية حق سلعه، وبالتالي فهو سيئ النية^(١) وفي هذا الاتجاه قصت محكمة التمييز (بأن ثبوت علم الغير بانقضاء الوكالة ينفي حسن نيته)^(٢).

وحسن النية هو أمر ذاتي داخلي يتعلق بالغير، وبالتالي فهو مفترض فيه، فلا يقع عليه عبء إثباته^(٣)، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبته وبكافة طرق الإثبات، كما أن لمن يدعي قيام الشك لدى الغير في معرض إجرائه للتصرف أن يثبته، لأن قيام الشك كما أسلفنا يكون دليلاً على الغش وسوء القصد لدى الغير، وبالتالي انقضاء حسن نية لديه.

وصفة القول فإن معاد عنصر حسن النية المنشئ للظاهر، يرتكز على عدم علم الغير الحقيقي أو الحكمي بصفة من أجرى التصرف معه، بحيث لا يكون عدم علمه ناشئاً عن خطأ في جانبه يتمثل في تقصيره وعدم تحوطه وتحققه من صفة المتصرف معه، فإذا ثبت هذا الخطأ في جانبه، انتفى حسن النية لديه، ولم يعد هناك أي مبرر لحمايته^(٤).

(١) نعمان جعلا، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) تمييز حقوق رقم ٩٠/٢٧٨، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية ما بين عامي

٨٩-٩١، إعداد المحامي إبراهيم أبو رحمة، ج ٧، قسم ٢، ص ١٢٢٨.

(٣) مجدي عز الدين، مرجع سابق، ص ٢٥٦. وعبد الباسط الجميحي، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

(٤) انظر: عبد الباسط الجميحي، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

ثانياً: الغلط الشائع^(١):

يمثل الغلط الشائع العنصر الثاني المكون للركن المعنوي في إطار نظرية الأوصاف الطاهرة، ويسمى بالعنصر الموضوعي، ذلك أن الاكتفاء بحسن نية الغير لأجل تصحيح التصرف الذي أجراه مع صاحب الوصف الطاهر يجافي العدالة، لأن حسن النية واقعة سلبية مفترضة وبالتالي فإنها لا تصلح وحدها لترجيح مصلحة الغير في مواجهة مصلحة صاحب الحق فلا بد إذاً أن يكون حسن النية ناشئاً عن مجموعة ظروف وملايسات أدت إلى انخداع الغير ودفعه إلى الاعتقاد بخلاف الحقيقة أنه يجري التصرف مع صاحب الحق ثم قام تحت تأثير هذا الاعتقاد الخادع بإبرام التصرف. ولذلك فإن الغلط الشائع يعد في نظر الكثير من الفقه^(٢) عنصر ترجيح ورقابة على حسن النية، فمن ناحية كونه عنصر ترجيح، وذلك لأن عنصر حسن النية

(١) يعود الفصل في نشأة فكرة الغلط الشائع إلى القانون الروماني الذي استند إليها لكي يصفى التشريعية على التصرفات التي أبرمها باربريوس، وهو عبد شغل وظيفة القضاء حلفاً للقواعد العامة في ذلك القانون التي كانت تمنع العبيد من إبرام التصرفات القانونية، إلا أن باربريوس ونتيجة لظهوره بمظهر الأحرار في مواجهة العامة، حيث احتير برينورا قام بإبرام العديد من التصرفات، ومن ثم ثار التساؤل عن مصير التصرفات التي أجراها باعتباره برينورا، ولذلك فقد صحح القانون الروماني كافة التصرفات التي أجراها باربريوس، كما صحح كافة الأحكام التي أصدرها بوصفه كذلك، أي اعتبرها عنواناً للحقيقة ولم يلغها. وإذا كان القانون الروماني هو الذي ابتدع هذه الفكرة، فإن الفصل في صياغتها يعود للفقه الفرنسي وبالتحديد الفقيه مازو (Mazeau) الذي اعتبر فكرة الغلط الشائع بولد الحق مصدراً لاكتساب الحقوق كما كان لمجلس الدولة الفرنسي دور في تكريس هذه الفكرة عندما أصدر عام ١٨٠٧ قراراً تفسيرياً له قوة القانون جاء نتيجة أن الغلط الشائع بولد الحق كما أخذ للقانون القديم بهذه النظرية في العديد من فواعده، وعلى الرغم من إحجام القوانين المدنية الفرنسية المتعاقبة عن إقرار هذه القاعدة، إلا أن القضاء الفرنسي جرى على الاستناد إليها في بعض الأحوال، وخاصة فيما يتعلق بتصحيح تصرفات الوارث الطاهر، وتقرير الحماية للذات المرتهن في تصحيح الرهن.

انظر في هذا الخصوص: محسن البني، مرجع سابق، ص ٦٢ وما بعدها. ومجدي عزالدين، المرجع السابق، ص ٢٦١. وعبدالباسط الجميعة، مرجع سابق، ص ١٢. وعمان جمعة، مرجع سابق، ص ١٥٩.

(٢) عبد الباسط الجميعة، مرجع سابق، ص ١٢. وكذلك عمان جمعة، مرجع سابق، ص ١٥٩. ومجدي عزالدين، مرجع سابق، ص ٢٦١. ومحسن البني، مرجع سابق، ص ٦٣ وما بعدها. وسعودي سرحان، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

وحده لا يكفي لتصحيح التصرف الذي أجراه الغير مع صاحب الوضع الظاهر، وبالتالي لا بد أن يكون حسن النية مستنداً إلى جملة شواهد وملابسات تتبني عقلاً ومنطقاً بأن من يجري الغير التصرف معه مخول قانوناً بإجراء مثل هذا التصرف أياً كان شكل هذا التحويل. ومن ناحية أنه عنصر رقابة، فذلك لأن حسن نية الغير يتقرر من خلاله، فإذا كانت الشواهد المحيطة بمن يجري التصرف مع الغير، غير كافية للقطع والحزم بأنه صاحب الحق الأصلي وأنه يملك سلطة إجراء هذا التصرف بحسب المجرى العادي للأمر، فلا مناص من استبعاد حسن النية لدى الغير وبالتالي حرمانه من الحماية. كما أن اعتبار العلط الشائع عنصر ترحيح ورقابة إنما يكفل جدية الحالات التي تنقرر فيها حماية الغير حسن النية استناداً لنظرية الأوصاع الطاهرة وذلك لما لهذه الحماية من خطورة تتمثل في انتهاك للشرعية^(١).

وتأسيساً على ما تقدم لمكننا أن نعرف العلط الشائع في هذا الخصوص بأنه الغلط الناشئ والمتولد عن وجود شواهد تحيط بصاحب الوضع الظاهر، من شأنها أن تولد الاعتقاد بأن هذا الشخص هو صاحب الحق،

وعلى الرغم من أن الفقه مستقر على إقرار العلط الشائع كأحد عناصر الركن المعنوي للظاهر، فإنه اختلف في تحديد معياره.

حيث ذهب جانب من الفقه^(٢) إلى تأييد المعيار الذي لجأت إليه محكمة النقض الفرنسية في تحديد العلط الشائع وهو المعيار القائم على درجة قوة الغلط، فهي ترى أن الغلط الشائع هو

(١) مجدي عز الدين، مرجع سابق، ص ٢٦١.

(٢) كالفقيه مازو والذي يعود إليه الفضل في صياغة نظرية العلط الشائع، ومن الفقه العربي عبد الباسط الجميعي في رسالته للدكتوراه المشار إليها لدى نعيان جمعة، ص ١٦٠. وسعودي سرحان، ص ٢٨٦.

الذي لا يمكن تفاديه، وليس بإمكان الغير توقعه أو دفعه. وعلى الرغم من دقة هذا المعيار، إلا أنه بالغ القسوة، ويؤدي إلى استحالة أعمال فكرة الظاهر وبالتالي إهدار الحقوق المكتسبة للغير والتي اكتسبها بحسن نية. وقد تراجع القضاء الفرنسي عن هذا المعيار، ولجأ إلى معيار آخر هو معيار الرجل العادي فإذا كان من شأن الغلط أن يخدع الرجل المعتاد إن وجد في مثل ظروف الغير فهو غلط شائع وبخلاف ذلك لا يكون غلطاً شائعاً، ويبدو هذا المعيار هو السائد حالياً لدى الفقه^(١) والقضاء^(٢). ويؤدي تطبيق هذا المعيار إلى ضرورة استثناء الخطأ في جانب العبر وذلك بأن يبذل الجهد المألوف في التحري عن حقيقة الواقع بما يسواري بقطة للرجل

(١) كالنقطة الفرنسية روسو (ROSSEW) الذي ذهب إلى القول بأن الغلط الذي يكون من شأنه تلمس العذر للمير عند الوقوع فيه هو الغلط المبرر، فيجب ألا يكون ذلك الغلط مما لا يقع فيه سوى السذج أو المهملون. انظر محسن البنية، المرجع السابق، ص ٦٦.

وهذا ما ذهب إليه الفقيه جاستون جير حيث يرى أن الغلط المعتبر هو ذلك الغلط الذي يصعب على الشخص العادي المتوسط الذكاء والحرص على عدم الوقوع فيه. أما بالنسبة للفقه العربي فنجد أن غالبية الشراح يؤيدون هذا المعيار، انظر دعمال جمعه في مؤلفه السابق الذكر ص ١٦٠، ومحسن البنية في مؤلفه السابق الذكر ص ٦٥، وماجد الحلوة، المرجع السابق، ص ٧٧-٧٨، ومجدي عزالدين، المرجع السابق، ص ٢٧١.

(٢) نقص مدني مرسي ١٩٦٢/١٢/١٣ حيث أشار صراحة إلى أن الغلط لا يعتد كمعصر في الركن المعنوي للظاهر إلا إذا كان من شأنه خداع من هو في درجة بقطة المير وحرصه، مشار إليه لدى فتحة قره، المرجع السابق، ص ٩١، أما القضاء المصري فقد استخدم لفظة الغلط العام، نقص مدني مصري، ١٩٨٩/١٢/٢٨، ونقص مصري ١٩٩١/١١/٢٤، ونقص مصري ١٩٩٢/١/٢٠، مشار إليها جميعاً لدى المحامي عد المعلم حسين، المدونة الذهبية للقواعد القانونية، العدد ٤، ج ٢، ط ١، ١٩٩٤، القاهرة، ص ١٤٥٧. وعلى الرغم من أن هذه الأحكام لم تصبح عن معيار محدد فإن انحياز جماع الفقه في مصر لمعيار الرجل المعتاد يقودنا إلى استقرار هذا المعيار لدى القضاء نون الإفصاح عنه صراحة. أما بالنسبة لمحكمة التمييز فإنها لم تصبح عن معيار محدد للخطأ حيث جاء في حكم حديث لها (لا ينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل إذا لم بدون وكالة حتى لو كان الغير حسن النية عملاً بالمادة ٨٣٣ مدني أردني، إلا أن المظهر الخارجي المستوي للموكل يكون من شأنه أن يدفع المير حسن النية إلى الوقوع في وهم وجود وكالة ويتعاقد مع الوكيل تحت تأثير الوهم..) تمييز حقوق رقم ٩٢/٥٦٣ مشار إليه في مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية، إعداد المحامي إبراهيم أبو رحمة، ج ٨، قسم ٣، ص ٢٠٥٩.

المعناد^(١)، وقد دفع انحياز الفقه لهذا المعيار إلى استبدال تسمية الغلط الشائع بالغلط المعقول أو الغلط المبرر.

وبرى من جاسا أن تسمية الغلط الشائع لا تحول دون تطبيق معيار الرجل المعناد وأن هذه التسمية قديمة، كما أن مفهوم الشبوع لا يعي بالضرورة أن يكون الغلط من شأنه خداع الكافة بل قلبي الحرص والسذج والمهملين.

المطلب الثالث

النطاق التطبيقي للظاهر

سلف القول، أن الظاهر لا يرقى إلى درجة لمبادئ القانونية بل هو مبدأ استثنائي. وقد ألقى هذا التصور للظاهر بطلانه على التطبيقات التشريعية له في مجال المعاملات المدنية بصورة متفاوتة فالتشريع الأردني ومن خلفه قصاء محكمة التمييز النرم بالتصوير السابق بيانه للظاهر بصورة كبيرة في حين اتسع نطاق تطبيق الظاهر في التشريعات المدنية المقارنة وخاصة التشريع المصري حينما لم تقتصر تطبيقات الظاهر على النيابة الطاهرة أو الملكية الظاهرة كما هو الحال في القانون المدني الأردني وإما مدت حمايتها ليعبر حسن النية إذا ما قام بالوفاء للدائن الظاهر على الرغم مما تنطوي عليه هذه الحماية من إهدار لحقوق الدائن الحقيقي. وعموماً فسوف نلقي الضوء على نطاق تطبيق الظاهر على فرعين، فعرض في الأول لنطاق تطبيق الظاهر في القانون المدني الأردني وعرض في الثاني لنطاق تطبيق الظاهر في القوانين المدنية المقارنة.

(١) مجدي عز الدين، المرجع السابق، ص ٢٧١.

الفرع الأول

نطاق تطبيق الظاهر في القانون المدني الأردني.

اقتصر المشرع الأردني في تطبيقه لنظرية الظاهر على حماية الغير حسن النية المتعامل مع النائب الظاهر أو المالك الظاهر وهو في هذين للتطبيقين قد النزم باعتبار الظاهر منشأ للحق وليس مصدراً لقواعد القانونية وكونه لا يسري على حالات مستقبلية يثور فيها التنازع بين القانون والواقع. وقد انعكس هذا التضييق لتطبيقات الظاهر على مسلك محكمة التمييز حيث جاءت أحكامها صدياً لما هو منصوص عليها في القانون، وناسيهاً على ما سبق فسوف نعرض أولاً للتطبيقات التشريعية للظاهر على أن نبحث ثانياً موقف محكمة التمييز من الظاهر.

أولاً: التطبيقات التشريعية للظاهر

١- النيابة الظاهرة: اعتد المشرع بالنيابة الظاهرة كأحد تطبيقات الظاهر حيث يستند ذلك من المادة (١١٤) من القانون المدني الأردني، والتي تنص "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت إبرام العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه يضاف إلى الأصل أو خلافاً له" وظاهر من هذا النص أن المشرع الأردني يضيف حمايته على الغير حسن النية الذي أجرى تصرفاً مع النائب رغم انقضاء نيابته، وذلك بإعمال أثر الوكالة في مواجهة الموكل رغم انقضاءها وتقوم فكرة الظاهر في هذا للتطبيق على اعتبار أن استمرار ظهور شخص ما بمظهر النائب عن الأصل رغم انقضاء نيابته يعد حلقاً للظاهر الحادع الذي دفع الغير للتعامل مع صاحب الوصف الظاهر (النائب الظاهر) تحت تأثير الغلط بصفتها الحقيقية.

بيد أن اعتبار هذه الحالة تطبيقاً الظاهر، كان محلاً لخلاف فقهي، حيث نازع بعض الشراح^(١) في اعتبار المادة (١١٤) مدني المقابلة للمدائين (١٠٧) من القانون المدني المصري و(١٠٨) من القانون المدني السوري تطبيقاً لفكرة النيابة الظاهرة، ويرون أنها نية حقيقية، وكل ما في الأمر أن النيابة وقد تحقق سبب انقضاءها إلا أن المشرع يبقها ويُعمل آثارها حماية للغير الذي تعامل مع النائب على أساس وجود النيابة ولم يكن يعلم بانقضاءها^(٢) كما يرى هؤلاء الشراح أن نص المادة الذي يعتقد البعض أنه تطبيق لفكرة الوكالة الظاهرة، لا يتطرق لحالة الوكالة الظاهرة، وإنما ينظم علاقة الموكل بالوكيل^(٣).

ولعل ما حدا بهؤلاء الشراح إلى القول بهذا الرأي هو أن المادة (١١٤) المقابلة للمدائين (١٠٧) من القانون المصري و (١٠٨) من القانون السوري تشترط توافر حسن النية لدى النائب جنباً إلى جنب مع حسن النية لدى الغير وهم يرون أن قيام الوكالة الظاهرة يتم بمعزل عن حسن أو سوء نية النائب، وأن اشتراط توافر حسن النية لدى النائب يعبر عن إرادة المشرع في إبقاء الوكالة وإعمال آثارها على الرغم من بقضاءها حماية للغير حسن النية^(٤).

وفي عكس هذا الاتجاه ذهب بعض الشراح إلى اعتبار أن الوكالة الظاهرة قد تجسدت في المواد (١١٤، ١٠٨، ١٠٧) وجماع رأيهم، هو أن اشتراط المشرع توافر حسن النية لدى

(١) عدنان السرحان، النيابة في التصرفات القانونية، الطبعة الأولى ١٩٨٠، الهيئة العامة المصرية للكتاب ص ٢٧٤ وما بعدها وعبد الرزاق السدهوري، الوسيط، الجزء السابع، العقود الواردة على الحمل، الوكالة والمقولة، المجلد الأول بدون سنة طبع من ٦٥٨ وجمال مرسي بدر، شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة في المقولة والوكالة والكمالة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦ ص ١٦٤-١٦٥.

(٢) جمال مرسي بدر، المرجع السابق ص ٢٧٤.

(٣) عبد الباسط الجمعي، للمرجع السابق، ص ٣٦٥.

(٤) انظر عدنان السرحان، المرجع السابق، ص ١٦٥.

النائب هو من قبيل التزيد الذي لم يخل بالتطبيق التشريعي لفكرة الظاهر^(١).

أما بخصوص رأينا في هذا الخصوص فنرى أن المادة (١١٤) هي تطبيق لفكرة الوكالة الظاهرة، لأن المشرع كان صريحاً في الاعتماد بأثر الوكالة المنقضية وسريانها في مواجهة الأصيل أو خلفائه، ذلك أن المشرع يتحدث في المادة (١١٤) عن انقضاء الوكالة، فتحقق سبب انقضاء الوكالة واستمرار ظهور الوكيل بمظهره هذا، من شأنه أن يخلق الركن المادي للظاهر، فالظاهر ما هو إلا فكرة مادية حاصلة ترتب آثارها الموضوعية بتوافر شروطها.

فضلاً أن الحالة النفسية لصاحب الوصف الظاهر لا تؤثر في قيام الركن المادي للظاهر، فسواء كان صاحب الوصف الظاهر حسن النية أو سيئ النية فالأمر سريان، فالعبرة بالمظهر المادي الحادع، وما استمرار النائب الظاهر في الظهور بمظهر النائب الحقيقي إلا خلقاً للركن المادي للظاهر.

وعلاوة على ما تقدم فإن الاجتهادات القضائية التي أقرت فكرة الوكالة الظاهرة لحماية الغير حسن النية، استندت إلى ذات النص القانوني الواحد فيما بين التشريعات المقارنة والذين نازع بعض الشراح بعدم انطوائه على أي تكريس لفكرة الوكالة الظاهرة. فقد اعتبرت محكمة التمييز في حكم حديث لها أن المادة (١١٤) مدني تكرر الوكالة الظاهرة، فقد جاء في حيثيات الحكم (لا يأخذ قانوننا المدني بنظرية الوكالة الظاهرة إلا في نطاق الأحكام الباحثة في النيابة بالتعاقد وهي الأحكام المتعلقة بالمادتين (١١٤) و(٨٦١) مدني)^(٢).

(١) انظر هذا الرأي لدى أنور سلطان، المرجع السابق ص ٦٣ وعيد الفتح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة/ الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٨٤ ص ٢٣٤ - ٢٣٥ ونعمان جمعة، المرجع السابق ص ١٥٤ وعيد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٢) تمييز حقوق رقم (٩١/١٢٤٥)، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية، إعداد المحامي إبراهيم أبو رجمة، جزء ٨، قسم ٣، ص ٢٠٥٥.

كما استقر على ذلك اجتهاد محكمة النقض المصرية فقد جاء في أحد أحكامها "أن معاد المادة (١٠٧) مدني أن القانون لا يحمي العير الذي تعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معاً يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد..."^(١).

وبدخل في إطار الوكالة الظاهرة، ويعتبر تطبيقاً صريحاً لها ما تقضي به المادة (٣٢٠) مدني و التي تنص "يكون الوفاء للدائن أو لثائبه ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين، من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً"^(٢) ويمكن القول من خلال مطالعة هذا النص، إنه إقرار لا شبهة فيه من المشرع الأردني بفكرة الظاهر عموماً وبفكرة الوكالة الظاهرة في حالة انعدام الوكالة بصفة خاصة^(٣). فيوجب هذا النص يمكن اعتباره من يتقدم بمخالصة صادرة عن الدائن ويتقدم بها إلى المدين وكيلاً عنه في قرض الدين أو استيفائه، فإذا ما قام المدين بالوفاء بحسن نية لمن كان حائزاً مخالصة الدين صح وفاؤه وتعذر بالتالي على الدائن الحقيقي الرجوع عليه. فالمشرع جعل من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة. والمشرع يقيم هذه القرينة من أجل حماية العير حسن النية الذي يقوم بالوفاء لمن يتقدم بهذه المخالصة. ذلك أنه من المتصور أن يقوم شخص بالاستيلاء على هذه المخالصة خلسة أو أن يقوم بتقليدها، ويتقدم بها إلى المدين على أنه وكيل عن الدائن في استيفاء الدين. بيد أنه إذا تم الاتفاق مسبقاً

(١) نص مدني مصري صادر بتاريخ ١٩٦٢/٥/٣٠، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني المصري، ج ١، إعداد المستشار معوض عبدالقواب، مشاة دار المعارف، الاسكندرية، ص ٣١٥.

(٢) نقابل المواد ٣٢٢ مصري و ٣٣٠ سوري، وإذا كان يمكن الاستناد إلى هذا النص للقول بإقرار المشرع المدني الأردني بفكرة الوكالة الظاهرة بصورة صريحة في حالة انعدام الوكالة، فإنه من الناحية العملية تعد عرض المشرع الأردني عن الأحد بفكرة الدائن الظاهر والتي أحدث بها التشريعات المدنية المقارنة ٣٢٣ مصري و ٣٢١ سوري و ٣٨٤ عراقي.

(٣) عدنان السرحان، المرجع السابق، ص ١٦٤. ونعمان جمعة، مرجع سابق، ص ٨٦. وأسور المروسي، للتعليق على نصوص القانون المدني المعدل، دار المطبوعات الجامعية، ج ١، ص ٩٨٢.

على مراعاة الاعتبار الشخصي في الوفاء، وذلك بأن تم الاتفاق على أن يتم الوفاء شخصياً للدائن، فإن القرينة السابقة لا تنهض لصالح العير حسن النية، وإنما يتوجب عليه في هذه الحالة أن يستوثق من ثبوت صفة من يتقدم إليه بالمخالصة الصادرة عن الدائن في استيفاء الدين^(١).

٢- الملكية الظاهرة

من الجائز أن يقدم الغير على التعامل مع شخص يظهر على المال بمظهر المالك، ثم تزول ملكيته لبطلان أو فسخ لو أن يكون ابتداءً غير مالك، فما هو مصير التصرف الذي اكتسب بمقتضاه الغير حقاً على المال موضوع التصرف؟ إن الإجابة على هذا السؤال لا تسير إلا في وجهة واحدة بحسب ما يقتضيه منطق المبادئ القانونية العامة، إذ ينعقد للتصرف موقوفاً على الإجازة من قبل المالك الحقيقي. فإن أحازه انعقد للتصرف صحيحاً من تاريخ نشوئه وإن لم يجزه بطل التصرف واسترد المالك الحقيقي ماله ولا يكون أمام الغير سوى اللجوء لطلب التعويض من المتعامل معه.

ولما كانت الملكية الظاهرة بالتصور السابق بيانه من أكثر الحالات التي يحتاج الغير فيها إلى الحماية على اعتبار أن جهله بما يشوب سند المتصرف معه والظاهر على المال بمظهر المالك هو أمر محقق الوقوع ومتصور في الكثير من الحالات، فلأجل ذلك فقد أورد المشرع الأردني تطبيقين لحماية العير حسن النية المتعامل مع المالك الظاهر يتعلق أولهما بحماية الحائز للعقار أو المنقول ويتعلق ثانيهما بحماية المتعامل مع حلف المريض مريض الموت. فبما يتعلق بالحالة الأولى والتي نصت عليها المادتان (١١٨٢) والتي تنص "إذا وقعت الدجارة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقتربت الحيازة

(١) معوض عبدالنواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الثاني، مشاة دار المعارف، الإسكندرية، ص ١٦٩.

بحسن نية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات* والمادة (١١٨٩) والتي تنص "١- لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عيباً على منقول أو سنداً لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية. ٢- وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك".

ويأتي أخذ المشرع المدني بفكرة الظاهر في هذه الحالة في أنه يعترف بالتصرف الصادر إلى الغير من غير المالك لعقار أو المنقول مما يكسبه وصف الحائز، فإذا كان المال موضوع التصرف عقاراً، فإن مقتضى الاعتراف بالتصرف الصادر إلى الغير أن يكون في وسع هذا الأخير تملكه بالتقادم القصير (السبعيني) وإن كان المال منقولاً قامت حيازة الغير للمال قرينة على ملكيته لهذا المال.

وتعتبر هذا الحالة من أكثر الحالات دلالة على احترام المشرع المدني للأوضاع الطاهرة، مما دفعه للاعتراف بصحة التصرف الصادر من غير المالك، حيث أخذ المشرع بالاعتبار أن قوة الظاهرة في هذه الحالة تعد على درجة كبيرة من المتانة نظراً لما يحيط بجواز العقار أو المنقول من مظاهر التملك خاصة إذا كانت الحيازة هادئة وعلنية، مما يدفع للغير تحت تأثير الاعتقاد الكامل المخالف للحقيقة بأن يجري التصرف مع غير المالك^(١).

وينبغي الإشارة في هذا الخصوص إلى اكتساب حائز العقار لملكيته بالتقادم الطويل لا يمكن اعتباره من قبيل احترام المشرع للأوضاع الظاهرة ذلك أن ملكية الحائز في هذه الحالة تستند إلى أساس قانوني يتمثل في التقادم الطويل^(٢).

(١) انظر محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، مطبعة دار الحياة، دمشق، ١٩٧٦م ص ٦٧٠ وما بعدها.

(٢) نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٦٣.

أما الحالة الثانية من حالات الملكية الظاهرة، فتتعلق بحماية الغير حسن النية المتعامل مع خلف المريض مرض الموت وذلك في الأحوال التي يكون فيها تصرف المريض للحلف غير نافذ في حق ورثته أو دائنيه وموقوفاً على إجازتهم وقد نصت عليها المادة (٥٤٧) بقولها (لا يجوز فسخ بيع المريض إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً أكسب من كان حسن النية حقاً في عين المبيع لقاء عوض) فالأصل أن للورثة أو الدائنين حق فسخ بيع مورث المريض مرض الموت الصادر إلى الخلف، وإن هذا الفسخ يؤدي إلى زوال ملكية الحلف لمال موضوع التصرف بأثر رجعي، وهذا الحكم يطل التصرف الصادر من الحلف إلى الغير. لكن جهل الغير بما يشوب ملكية سلفه وأنها عرضة للزوال دفع المشرع إلى تعطيل حق الورثة أو الدائنين بفسخ التصرف واقتصار حقهم بالرجوع على خلف المريض^(١).

ثانياً: موقف محكمة التمييز من الظاهر

ألقى مسلك المشرع المدني من نظرية الظاهر بظلاله على مسلك محكمة التمييز في هذا الخصوص، فالتزمت في أحكامها بالجانب التطبيقي للنصوص القانونية المعتبرة تطبيقاً لنظرية الظاهر. فلقد استندت محكمة التمييز لحكم المادتين (١١٤) و (٨٦١) من القانون المدني والمقرران للوكالة الظاهرة في سبيل إسباغ الحماية على الغير حسن النية الذي تعامل مع الوكيل رغم انعضاء وكالته فاعتبرت أن التصرف قد جرى مع وكيل ظاهر فقد جاء في حكم لها "أن نظرية الوكالة الظاهرة والتي أخذ بها القضاء وأيدها الفقه جاءت لمواجهة الضرورة

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٢٨٨، وشفيق الجراح، شرح القانون المدني السوري، العقود المماسة، عقد البيع، المطبعة التعاونية، دمشق ١٩٨٦ ص ٨٧ وأور العمروسي، للتطبيق على نصوص القانون المدني، ج ٢، ١٩٨٢ ص ٣٢٦.

العملية ويكفي لإثباتها أن يثبت حسن نية الغير والمظهر الخارجي للشخص الذي يتعامل معه^(١) وفي حكم آخر لدات المحكمة فقد احترمت محكمة التمييز الوضع الطاهر وأعملت أثر الوكالة رغم انعدامها حماية للغير حسن النية حيث جاء في حيثيات الحكم "لا ينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل إذا تم بدون وكالة، حتى لو كان الغير حسن النية عملاً بالمادة ٨٣٣ من القانون المدني، إلا أن المظهر الخارجي المنسوب للموكل يكون من شأنه أن يدفع الغير حسن النية إلى الوقوع في وهم وجود وكالة، ويتعاقد مع الوكيل تحت تأثير هذا الوهم"^(٢) ومما لا شك في أن هذا الحكم يعد تطبيقاً لفكرة الوكالة الظاهرة في حالة الوكالة المنعقدة المنصوص عليها في المادة (٣٢٠) من القانون المدني.

وفي الجانب المقابل فإن محكمة التمييز لم تعط لنفسها دوراً إنشائياً بضمن إسباغ الحماية على الغير حسن النية في حالة عدم وجود نص يقرر له هذه الحماية ما دام التصرف الذي أجراه الغير جاء نتيجة انحذاعه بالمظهر مكتمل الأركان.

ولعل هذا الإحجام من قبل محكمة التمييز من إعطاء نفسها دوراً إنشائياً مرده عدم اقتناع محكمة التمييز بالدور الإنشائي للظاهر والمؤدي بدوره إلى تجنب الاستناد إلى هذه النظرية في سبيل تكريس حق للغير حسن النية خلافاً لمقتضى القواعد القانونية.

ومما يؤكد هذا التحليل، الحكم الصادر عن محكمة التمييز في العام ١٩٩٧، والذي أحجمت من خلاله، عن إقرار فكرة الوارث الطاهر باعتبارها أحد أهم تطبيقات الملكية الظاهرة. ففي قضية تتلخص وقائعها بأن رجلاً مسيحياً أعلن إسلامه ثم توفي وصدرت حجة حصر إرث باسم الورثة جميعاً واستناداً لهذه الحجة قامت إحدى الوارثات بإجراء معاملة لنقل ثم قامت

(١) تمييز حقوق رقم ٩١/١٢٤٥ سالف الإشارة إليه، ص ٧٨.

(٢) تمييز حقوق رقم ٩٣/٥٦٣ سالف الإشارة إليه، ص ٩٠.

برهن حصتها في قطعة الأرض المملوكة لها على الشيوع والصادر بها سند تسجل ثم تبين بعد ذلك أن هذه الورثة قد ارتدت عن الإسلام، فأقام باقي الورثة دعواهم لإبطال سند الرهن الجاري على حصة للورثة المرتدة في قطعة الأرض وإلزام مدير التسجيل بقيد كامل القطعة المنسوبة عنها باسمهن وحذف اسم الورثة المرتدة من سند الملكية واعتبار ملكيتها كأن لم تكن باعتبار أن اختلاف الدين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية مانع من موانع الميراث، وقد قصت محكمة البداية بإبطال ملكة المدعى عليها وإبطال سند الرهن وصدّق الحكم من محكمة الاستئناف ثم جرى عليه التمييز حيث دفع وكلاء البنك المرتهن بضرورة حمايته باعتباره غيراً حسن النية وأنه ينبغي سنداً لذلك اعتباراً تصرفات الورثة المدعى عليها صحيحة، حيث صدر عن محكمة التمييز الحكم الآتي: "وإذا كانت المدعى عليها عند وضع حصتها تأمينا للدين مالكة لحصة من أصل خمس حصص من قطعة الأرض بالاستناد إلى حجة حصر الإرث التي تقرر إبطالها وحرمان المدعى عليها من الميراث بسبب ردتها عن الإسلام، فإن ملكيتها ابتداء تكون باطلة ويكون سند التأمين المستند إلى هذه الملكية باطلاً أيضاً، إذا أوجبّت المادة (١/١٣٢٤) من القانون المدني على الراهن أن يكون مالكا للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه، كما لم تجز المادة (١٣٢٥) من ذات القانون رهن ملك الغير إلا إذا أجاز المالك الحقيقي ذلك بسند موثق، وعليه يكون الرهن موضوع الدعوى قد نشأ باطلاً لصدوره من غير المالك الحقيقي باعتبار المدعى عليها ليست من الورثة ولم يجر الورثة الحقيقيون هذا الرهن عملاً بالمادة (١٣٢٥) المشار إليها^(١).

(١) تمييز حقوق رقم ١٦٥٨ / ٩٢ تاريخ ٩٧/١٠/٢٨، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨ العدد الأول من ٤٣٨١.

وظاهر من هذا الحكم مدى نفور محكمة التمييز من إسباغ الحماية الاستثنائية على الغير على الرغم من وضوح الظاهر واكتمال أركانه في الحالة المشار إليها سابقاً وهو ما يقودنا إلى القول أن نظرية الأوضاع الطاهرة ليست واجبة الإعمال في قضاء المحكمة التمييز حتى لو توافرت شروط تطبيقها خارج إطار التطبيقات التشريعية لها.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق الظاهر في القوانين المدنية المقارنة

سبقت الإشارة إلى اتساع النطاق الاستثنائي لحماية الغير حسن النية في القوانين المدنية المقارنة عنها في القانون المدني الأردني. والسبب الكامن وراء ذلك يتمثل في اتساع نطاق تطبيق الظاهر في هذه القوانين فبالإضافة إلى التطبيقين اللذين أوردهما المشرع الأردني للظاهر والمتمثلين في الوكالة الطاهرة والملكية الطاهرة^(١) فقد اتسع نطاق تطبيق الظاهر في القوانين المدنية في كل من مصر وسوريا والعراق ليشمل حالات أخرى لم ينص عليها الشرع الأردني كالدائن الطاهر وبعض تطبيقات الملكية الطاهرة، فبيما يتعلق بفكرة الدائن الطاهر، فقد أخذت التشريعات المدنية المقارنة بهذه الفكرة بأن عمدت إلى اعتبار الوفاء الجاري من قبل المدين صحيحاً ومنتجاً لإثارة في مواجهة الدائن الحقيقي إذا تم لشخص غير الدائن ولكنه ظهر بمظهر الدائن^(٢)، فالمادة (٣٢٣) من القانون المدني المصري والمطابقة للمادتين (٣٣١) من القانون

(١) فقد أخذ المشرع المصري بالوكالة الطاهرة في المادة (١٠٧) مدني وماتله في ذلك لمشرع السوري في المادة (١٠٨) مدني وكذلك العراقي في المادة (١٤٨) مدني. كما أخذ كل من هذه التشريعات بالملكية الطاهرة لحماية الخائر حسن النية للعقار والمنقول في المواد (٩٦٩، ٩٧٦) مدني مصري، (٩١٨، ٩٢٧) مدني سوري و(١١٥٨، ١١٦٣) مدني عراقي.

(٢) انظر في مفهوم الدائن الطاهر، جلال العلوي، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٠ ص ٨٠ وكذلك السيد بدوي للمرجع السابق ص ٥٢٥

المدني السوري و (٣٨٤) من القانون المدني العراقي تنص "إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن لو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه أو بقدر هذه المنفعة، أو إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان للدين في حيازته".

وطاهر ان فكرة الدائن الظاهر تقوم على حيازة الدين وحيازة الدين تكون للركن المادي للظاهر، وهذه الحيازة لا تؤخذ بمعناها المادي الذي يقوم على السيطرة على شيء مادي، وإنما تقوم على مباشرة سلطات ومكات تكون عادة للدائن الحقيقي. وهذه السلطات قد تكون عبارة عن طرف أو مجموعة ظروف يوجد فيها الشخص المدين اعتقاداً مبرراً بأن هذا الشخص هو الدائن^(١).

وتبعاً لمفهوم حيازة الدين المبين سابقاً، تتعدد صور الدائن الظاهر، فيعد دائناً ظاهراً، كل من الوارث الظاهر الذي يعلن أنه الوارث الشرعي ثم يظهر وارث آخر يحجب حجب حرمان، فيتصرف باعتباره دائناً لجميع ما للتركة من حقوق قبل للغير^(٢) فلر قام مدين المتوفى بالوفاء للوارث الظاهر برئت ذمته لأن الدين كان يعتبر في حيازة الوارث الظاهر وقت الوفاء^(٣). كما يعد دائناً ظاهراً، الموصى له الذي أبطلت وصيته ولكنه كان قد وضع يده على ما أوصى له به، فإنه يكون دائناً ظاهراً بالدين الموصى به^(٤)، كما يعد دائناً ظاهراً المحال له في حوالة الحق التي قضى ببطلانها أو فسخها بعد استيفاء للمحال له للحق موضوع الحوالة، مما يعني أن الحوالة قد زالت بأثر رجعي ولها لم تكن موجودة وقت الوفاء، ومع ذلك يبقى الوفاء

(١) نعمل جمعة، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٢) جلال المندى، المرجع السابق ص ٨٠.

(٣) السيد بدوي، المرجع السابق، ص ٥٢٦.

(٤) السيد بدوي، المرجع نفسه، ص ٥٢٦.

صحيحاً، لأن الحوالة الباطلة أو القابلة للإبطال أو الفسخ يتولاه بها عنصر حيابة الدين^(١)، كما يعد دائماً ظاهراً المالك للظاهر، فقد تكون له هذه الصفة بحكم ملكيته الظاهرة، كحائز العقار المؤجر إذا قام بقبض أجرته، ففي هذه الحالة إذا تم الوفاء للدائن الظاهر فإنه يعد صحيحاً ومبرئاً لدنة المدين^(٢).

وفي الجانب الآخر فقد توسعت التشريعات للمدينة المقارنة في الأخذ بفكرة الملكية الظاهرة، فلم تقتصر على حماية الحائز للعقار والمنقول بحسن نية أو المتعامل مع المشتري من المريض مرض الموت، بل تعدتها، لتشمل العديد من الحالات التي تندرج في إطار الملكية الظاهرة، فلقد أسبغ كل من المشرع المصري والسوري والعراقي حمايته على الغير المتعامل مع خلف المدين الذي أقيمت عليه دعوى عدم نفاذ التصرف، ذلك أن من شأن هذه الدعوى أن تجعل أي تصرف يصدر عن المدين غير نافذ في مواجهة الدائنين، فإذا ما صدر عن المدين أي تصرف كان بمقدور الدائنين فسخ هذا التصرف^(٣)، ويتربى على الفسخ زوال ملكية المشتري من المدين، فلا يعود مالكا للجزء الذي تصرف به للغير، فيكون العبر بذلك قد تعامل مع مالك ظاهر^(٤)، ولما كان من شأن هذه النتيجة إلحاق ضرر بالغير حسن النية الذي اعتقد اعتقاداً كاملاً بملكية للمصرف معه، فقد تلافتها هذه التشريعات فقد نصت المادة (٣/٢٣٨) من القانون المدني المصري والمطابقة للمانتين (٣/٢٣٩) مني سوري و(٣/٢٦٤) مني عراقي على أنه "وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الحلف الثاني يعلم بحس المدين وعلم الخلف

(١) السيد بدوي، المرجع نفسه، ص ٥٢٦.

(٢) السيد بدوي، المرجع نفسه، ص ٥٢٧.

(٣) مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(٤) نعل جمعة، المرجع السابق، ص ١٠٥.

الأول بهذا العش إذا كان للمدين قد تصرف بعوض وكان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إذا كان للمدين قد تصرف له تبرعاً^(١).

كما أورد المشرع المصري العديد من التطبيقات للملكية الطاهرة متفرداً بها على بقية التشريعات المدنية المقارنة، من ذلك ما نصي به المادة (١٠٣٤) من القانون المدني المصري والتي تنص "يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن للرهن الصادر من المالك الذي تقرر بإبطال سند ملكيته أو فسخ أو إلغاءه أو زواله لأي سبب آخر إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن".

ويرى شراح القانون المدني المصري أن هذه المادة تعتبر تطبيقاً صريحاً لنظرية الأوضاع الطاهرة حيث تقرر حماية للغير حسن النية المتعامل مع المالك للظاهر أياً كان سبب زوال الملكية^(٢).

كما يمكن الاستناد إلى هذه المادة لتصحيح تصرفات الوارث الظاهر^(٣)، فالرهن قد يكون وارثاً للمال الذي رهنه ثم يظهر بعد ذلك ما يحجبه مما يؤدي إلى زوال ملكيته لمال بئثر رجعي، فيجيء حكم المادة (١٠٣٤) من القانون المدني المصري لكي يتم الاستناد إليه في إبقاء الرهن قائماً لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية. في مواجهة المالك الحقيقي.

(١) انظر في هذا الخصوص توفيق فرج، المرجع السابق ص ٢٧٥-٢٧٧. والسيد بدوي، المرجع السابق ص ١٠٣١. وسماح جمعة المرجع السابق، ص ١١٦. وحيد الباسط الجميبي الذي يرى أن هذه المادة تكريس لنظرية الظاهر بصفة عامة واعترااف بالمالك الظاهر بصفة خاصة، انظر رأيه لدى السيد بدوي، المرجع السابق، ص ١٠٣٢.

(٢) انظر في هذا الخصوص، السيد دوي، المرجع السابق ص ١٠٣١ ومحمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، الطبعة الثانية، مطبعة الصافي، بغداد، ١٩٧١، ص ٥٦-٥٧.

كما أورد المشرع المصري تطبيقاً مهماً للملكية الظاهرة محيطاً من خلاله العير الذي يتلقى حقاً عقارياً وهو حسن النية، بحمايته إذا كان حق الغير سابقاً على تسجيل دعوى البطلان، وقد جاء هذا التطبيق في قانون تنظيم الشهر العقاري رقم (١٤٤) لسنة ١٩٦٤.

فتنص المادة (١/١٥) أن هذا القانون على أنه يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، إذا كان المحرر الأصيل لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى وجاء في نص المادة (١٧) ١- يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة في المادة (١٥)، أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقرر بحكم مؤثر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية وأبداً من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ٢- ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة.

ويرى شراح القانون المدني المصري أن نص المادة (٢/١٧) من قانون تنظيم الشهر العقاري يعد تكريساً لنظرية الظاهر بصفة عامة والملكية الظاهرة بصفة خاصة^(١).

حيث تعد هذه المادة استثناءً واضحاً على آثار البطلان حماية للغير حسن النية، فإذا تم التصرف بعقد معيب تقرر بطلانه، يندفع في الأصل -أن يعاد الحال- إلى ما كان عليه وبالتالي يسترد البائع العقار ويكون الأمر كذلك لو كان المشتري قد تصرف فيه بعد ذلك إلى شخص ثالث.

(١) عبد الباسط الجمعي مشار إليه لدى السيد بدوي، ص ١٠٣٢ وسمر قناغو، التأميمات العينية، الطبعة الأولى، منشأة دار المعارف، الإسكندرية ١٩٦٧ فقرة ٢٣ وتوافق فرج، المرجع السابق، ص ٧٢٧.

إلا أنه إذا كان الشخص الثالث حسن النية، يجهل سبب بطلان العقد الذي أبرمه بائععه، فإن البائع لا يستطيع أن يسترد المبيع من بين يديه، متى كان هذا العير حسن النية واكتسب حقاً عيباً على العقار موضوع العقد الباطل، وذلك قبل شهر دعوى الإبطال.

وظاهر أن المادة ٢/١٧ تراعي أن جهل العير للعيب الذي يشوب سند سلفه من شأنه أن يولد لديه اعتقاد بملكية سلفه للعقار، مما يجعل المادة ٢/١٧ تطبيقاً تشريعياً صريحاً لفكرة الملكية الظاهرة بشكل خاص ونظرية الأوضاع الظاهرة بشكل عام.

وعلى الرغم من وفرة النصوص التشريعية التي تكرر نظرية الظاهر في القانون المصري، فإن محكمة النقض المصرية قد جعلت من نظرية الأوضاع الظاهرة واجبة الأعمال حتى في حالة غياب النص التشريعي متى توافرت شروط تطبيقها وموجبات أعمالها. وقد تكرر ذلك في الحكم الشهير الصادر عن محكمة النقض المصرية بهيئتها العامة في ١٦ أيار ١٩٨٦ حيث جاء في هذا الحكم "إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة نفاذ التصرف المبرم بين صاحب الوضع الظاهر والعير حسن النية في مواجهة صاحبه الحق، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه سلباً أم إيجاباً في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز التي من شأنها أن تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المظهر للحقيقة"^(١).

(١) انظر التعليق على هذا الحكم لدى محسن البنية، المرجع السابق، ص ٤-٥.

المبحث الثاني

الأساس القانوني الذي يتجاوز فكرة الأوضاع الظاهرة

تمهيد

على الرغم من أن حماية الغير حسن النية في معظم مظاهر الحماية تستند إلى نظرية الأوضاع الظاهرة، فإن بعض صور الحماية مما لا يمكن تأسيسه على فكرة الظاهر، وذلك لاستحالة ذلك من ناحية، وللإختلاف البين والواضح بين هذه الصور وبين فكرة الظاهر من ناحية أخرى، فمن جهة الاستحالة فذلك لأن إحدى صور حماية الغير حسن النية لا تتضمن تنازلاً بين القانون والواقع، وإنما تنازع بين مركزين قانونيين. ونقصد بها حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على المال مرهون تأمينياً أو حيازة في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته. فالراهن يظل مالكاً للمال المرهون ويستطيع أن يجري عليه ما يشاء من التصرفات دون أن يمس ذلك بحق الدائن المرتهن الذي تظل له ميزة التقدم والتتبع، ونتيجة لانقضاء للتنازع بين القانون والواقع، فمن المستحيل أن نبحث عن الأساس القانوني لهذه الصورة من صور الحماية في إطار نظرية الأوضاع الظاهرة.

أما من جهة الاختلاف فذلك لأن الصورية تختلف اختلافاً بيناً عن الظاهر، مما يتعذر معه تأسيس حماية للغير حسن النية في إطار الصورية على فكرة الظاهر.

وبناءً على ما تقدم فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، فنبحث في المطلب الأول الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية، ونبحث في المطلب الثاني الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية المستند إلى مركز قانوني.

المطلب الأول

الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية:

على الرغم من الدراسات الكثيرة التي تناولت موضوع الصورية بشكل عام فإن أمر تحديد الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في نطاق الصورية ظل خارج إطار اهتمامات الشراح باستثناء محاولات قليلة بذلت لأجل تحديد هذا الأساس. ويمكن القول إن هذه المحاولات رغم قلتها قد تصاربت واختلفت في تحديد هذا الأساس، الأمر الذي نجم عنه بقاء تحديد الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في إطار للصورية أمراً مختلفاً فيه، فطائفة من الشراح ارتكزت إلى فكرة الخطأ الموجب للتعويض وطائفة أخرى لجأت إلى فكرة المشاطرة في الحق وأخرى لجأت إلى فكرة العقوبة الخاصة وطائفة أخيرة التجأت إلى فكرة الأوضاع الظاهرة، وسوف ندرس هذا الأراء تباعاً ثم نقدم اقتراحاً في تحديد الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية وذلك عبر خمسة فروع:

الفرع الأول

الارتكاز إلى فكرة الخطأ الموجب للتعويض

تنسب هذه الفكرة إلى الفقيه الفرنسي سافاتييه (SAVATIER)، وتستند إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، وترى بأن المتعاقدين اللذين أخفيا تصرفهما الحقيقي يتصرف صوري قد ارتكبا خطأ في اصطناع التصرف الصوري الذي ما هو إلا مطهر كساذب، وأن من شأن التصرف الحقيقي أن يعدم أو يعدل آثاره المترتبة عليه. ولما كان اصطناع التصرف للصوري يعد خطأ من شأنه أن يلحق الضرر بالغير الذي اطمأن لهذا التصرف وتعامل على أساسه، فإن

مؤدى ذلك استحقاق الغير للتعويض عن هذا الخطأ وخير تعويض هو الاعتداد بالتصرف
الصوري وترتيب كافة آثاره^(١).

يبدو أن هذه الفكرة وعلى الرغم من اتساقها، فإنها لا تصلح أساساً لحماية الغير حسن
النية، لأنها تقوم على الافتراض من جهة، ولأن نشوء الضرر أمر غير متصور في بعض
الحالات ولا يمكن افتراضه من جهة أخرى. فمن جهة أنها تقوم على الافتراض فلأنها تفترض
الخطأ، وحتى لو سلمنا بصحة هذا الافتراض، فإن ذلك يعد لجوءاً إلى قواعد المسؤولية
التقصيرية لسد النقص المترتب على الأخذ بمذهب الإرادة، لاستحالة إعمال قواعد المسؤولية
التقصيرية لسد النقص المترتب على الأخذ بمذهب الإرادة^(٢).

كما أن الخطأ أو الفعل الضار - كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي - الموجب
للمسؤولية هو ذلك الإخلال بالتزام يقع على الكافة بعدم الإضرار. وبالتالي يدق التساؤل: هل
يعتبر إعمال الشخص لإرادته بإبرام تصرف ما أياً كانت غاية هذا التصرف من قبيل الفعل
الضار أو الخطأ الموجب للمسؤولية للتقصيرية؟

إن الإجابة بنعم على هذا التساؤل تصعق قديماً على الإرادة لا يستند إلى أي أساس من
القانون. كما أنه وبالنظر إلى أن نشوء الضرر في هذه الحالة هو أمر غير متصور، ولما كان

(١) انظر هذا الرأي لدى عبدالرحمن عياد، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٢) ذلك أن مقتضى أحد مذهب الإرادة، هو إعمال آثار التصرف الحقيقي بين المتعاقدين، وعدم الاعتراض
بالتصرف الصوري واعتباره كأن لم يكن، ومما لا شك فيه أن هذه النتيجة تؤدي إلى الإصرار بالغير
حسن النية، ولما كل أمر مراعاة جانب المير حسن النية، يقتضي الاعتداد بالإرادة الظاهرة وترتيب آثار
التصرف الصوري، فقد لجأ أنصار مذهب الإرادة الظاهرة إلى مسوغ قانوني لعدم الاعتداد بالإرادة
الحقيقية فلجأوا إلى فكرة المسؤولية التقصيرية المبينة على أن المتعاقدين بإبرامهما التصرف الصوري قد
ارتكبا خطأ أدى إلى إلحاق الضرر بالمير. لمزيد من الإيضاح راجع عبد الرحمن عياد، المرجع السابق،
ص ٥٦. سامي عبدالله، بطريقة الصورية في القانون المدني، مؤسسة البادر للطباعة، بيروت، ١٩٩٧، ص
٣٢٦. ووحيد الدين موار، التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، ص

من غير الممكن استبعاد ركن الضرر وعلاقة السبب بين الفعل الضار والضرر فإن ذلك يخلق إشكالية لا سبيل لحلها مما يتعين معه نبذ فكرة الخطأ الموجب للتعويض كأساس قانوني لحماية الغير حسن النية في إطار التصرف الصوري.

الفرع الثاني

الارتكاز إلى فكرة المشاطرة في الحق:

وتنسب هذه الفكرة إلى العقيد الفرنسي فلانتيه (FLATIER)، ومؤداها أن الصورية تؤدي إلى أن يكون للحق الواحد صاحبين، صاحب مستر وصاحب ظاهر، ذلك أن صاحب الحق الحقيقي أقام عن طريق العقد الصوري ملكية أخرى ظاهرة إلى جانب ملكيته الحقيقية، ومن ثم يكون للغير حسن النية الذي تعامل مع المالك الظاهر الخيرة في الرجوع على أحد الشريكين في هذا الحق الواحد.

ولا تبدو هذه الفكرة صالحة هي الأخرى لتكون أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية. إذ يمكن توجيه النقد إليها من عدة جوانب^(١)، فمن الجانب الأول فلأنها تنم نوعاً من الملكية لا وصف لها في القانون، فلا هي ملكية شائعة ولا هي ملكية مشتركة، كما لا يمكن تقريبها من قواعد أخرى في القانون المدني. يبدو للوهلة الأولى أنها تشبهها، كقاعدة التصامن بين الدائنين أو الائتزام الذي لا يقبل التجزئة، ففي جميع هذه الأحوال هناك ملكية مشتركة حقيقية ولو بنسب متفاوتة.

(١) انظر تفصيل هذه الانتقادات لدى جوني مروة، الصورية، مقوماتها وأثارها، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة آل البيت، ١٩٩٨، ص ١٨٤ وما بعدها. وكذلك عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ٧٠ وما بعدها.

ومن الجانب الثاني فإن هذه الفكرة بشوبها العيب الذي نميناه لفكرة المسؤولية التقصيرية وهو عيب الافتراض، ذلك أنها تفترض نشوء ملكية طاهرة إلى جانب الملكية الحقيقية. ومن الجانب الثالث فإن هذه الفكرة لا تكاد تختلف في شيء عن فكرة الأوضاع الطاهرة وتنسب السبب في نشوئها لمصاحب الحق بإعدامه على إبرام التصرف السوري، وبالتالي فإنه يمكن أن يوجه إليها ما يوجه لفكرة الأوضاع الظاهرة من انتقادات في هذا الخصوص.

الفرع الثالث

الارتكاز لفكرة العقوبة الخاصة أو العقوبة المدنية

لجأ بعض الفقهاء الفرنسيين كالنسيين بلانيول (BLANIOL) والفييه إسمان (ESMAN) إلى فكرة العقوبة الخاصة كأساس قانوني لحماية العير حسن النية في إطار السورية، وقد لقيت هذه الفكرة صدى لدى بعض الفقهاء والشرح للعرب^(١) ومؤداها أن التصرف السوري هو وليد إرادة هادفة لخلقه وإظهاره بالشكل الذي يبرز فيه، كي يبنى التصرف الحقيقي مستنداً فيكتسب أو يكتسب من خلاله حقاً في الخفاء^(٢). ويرتب هذا الجانب من الفقه على أن هذا المسلك من قبل المتعاقدين الذي يبطوي على المش والخداع الذي من شأنه تسهيل العير يستحق عقوبة وهذه العقوبة جزاء مانع من وقوع الضرر، لأنها تحرم المتعاقدين السوري من التمسك بالعقد المستتر قبل الغير حسن النية^(٣)، ومنح هذا الأخير الحق في التمسك بالعقد الظاهر، متى كانت له مصلحة في ذلك.

(١) هامون الكريزي، السورية في الحقوق المدنية، مطبعة الجامعة السورية، ١٩٥١، ص ٧١-٧٢. وأحمد مرزوق، السورية في القانون المدني المصري، رسالة، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٢٢. وسامي عبدالله المرجع السابق، ص ٣٢٧.

(٢) عبدالرحمن عباد، المرجع السابق، ص ١٨٤.

(٣) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

كما يدعم هذا الجانب من الفقه رأيه بالاستناد إلى فكرة العقوبة الخاصة بالقول إن دلسي المتصرف إليه الصوري الذين نشأت حقوقهم قبل التصرف وبالتالي لم يكونوا إزاء ظاهر خدع يمكنهم من التمسك بالظاهر، وهذا ما يؤكد أننا إزاء عقوبة تلحق بالمستفيد من التصرف^(١).

إلا أن هذه الفكرة تعرضت لانتقادات عديدة، جعلتها غير صالحة كأساس لحماية الغير حسن البنية في إطار الصورية. ومن هذه الانتقادات ما يتعلق بفكرة العقوبة الخاصة ذاتها، فإقحام العقوبة في مجال القانون المدني لا يتلاءم مع طبيعته^(٢)، فالعقوبة لفظ يتعلق بالقانون الجزائي ولا يمكن أن نعلمها على القانون المدني لأنه لا يتبع لقانون، آخر فصلاً عن وجود أفكار بذيلة في القانون المدني كمكرة التعويض وفكرة عدم السريان. كما أن فكرة العقوبة الخاصة لا تجبر ضرراً سابقاً، بل تستهدف إيقاع ضرر جديد بمن قارف للخطأ بغية ردعه^(٣).

كما أن فكرة العقوبة الخاصة لا تجد مبرراً لإعمالها عندما يكون غرض المتعاقد الصوري مشروعاً^(٤)، وكذلك في حالة قيام التعارض بين الغير الذي يتمسك بالعقد الطاهر والغير الذي يتمسك بالعقد المستتر إذ تعجز عن تفسير تفصيل الغير الأول على الغير الثاني على الرغم من حرص بيته^(٥).

(١) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

(٢) أحمد حسنين، التعويض الاتعالي، بحث منشور في مجلة هيئة قصايا للحكومة في الدولة، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣٧، هامش للصفحة ٥٧ وما بعدها.

(٣) أحمد حسنين، المرجع السابق، هامش للصفحة ٥٨.

(٤) عبدالرحمن عباد، المرجع السابق، ص ٧١.

(٥) عبدالرحمن عباد، المرجع السابق، ص ٧٢.

الفرع الرابع

الارتكاز إلى فكرة الأوضاع الظاهرة:

ذهب جانب من الفقه^(١)، إلى أن الأساس القانوني لحماية العير حسن النية في إطار الصورية يتمثل بفكرة الأوضاع الظاهرة، شأنها في ذلك شأن العديد من الأوضاع والحالات التي تستند فيها حماية الغير حسن النية إلى هذه الفكرة. ويعتل هذا الجانب من الفقه رأيه بالقول إن المتعاقدين بإبرامهما التصرف الصوري قد خلفا ظاهراً مخالفاً للحقيقة أدى إلى انحياز العير به والاطمئنان إليه وإجراء معاملاته على أساسه، وبالتالي يجب أن تتولد عنه دلت الآثار التي كانت ستتولد عنه لو استجمع العناصر التي تحقق له الوجود القانوني ما دلم لم يكن في وسع العير أن يتوصل إلى كشف حقيقته، كما يرون أن التصرف الصوري يؤدي إلى خلق مركزين متعارضين، أحدهما يستند إلى التصرف الصوري وهو مركز الغير حسن النية والآخر يستند إلى التصرف الحقيقي وهو مركز صاحب الحق وأن مناط تفضيل التصرف الصوري، هو مراعاة جانب الغير الذي انخدع بالمظهر المخالف للحقيقة والذي ساهم صاحب الحق في إنشائه وظهوره إلى حيز الوجود.

ويترتب على ذلك وفقاً لهذا الرأي، أن يكون للغير حسن النية حق التمسك بالعقد الظاهر كما يثبت له حق الخيار بالتمسك بأي من العقدين الحقيقي أم للصوري مع تفضيل من يتمسك بالعقد الصوري في حالة تعدد الأعيان وتنازعهم، والجانب العناصر لاعتبار حماية الغير حسن النية في إطار الصوري من قبيل تكريس فكرة الأوضاع الظاهرة يرى في تفضيل من يتمسك

(١) عبدالباسط للجمعي، مشار لرايه لدى فتية قره، مرجع سابق، ص ٤٧. و نعمان جمعه، مرجع سابق، ص ٣٣. والفقه العرسى جونىكو (Jonisco)، مشار لرايه لدى سامى عبدالله، المرجع للسبق، ص ٢١٢.

بالعقد الطاهر من الأغيار تأكيداً لأربهم بصلاحية نظرية الأوصاع الطاهرة كأساس قانوني لحماية الغير حسن النية في إطار للصورية.

وعلى الرغم من نقاط الالتقاء بين الصورية والطاهر إلا أن هناك ثمة فروق جوهرية بينهما تحول دون اعتبار الظاهر أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية، وتالياً هذه الفروق:

أولاً: إن المطهر الكاذب في الصورية، هو نتيجة عمل إرادي مفرد أو تلاقح إرادتين في حين أن المظهر الكاذب في نظرية المطهر يكون في الغالب نتيجة ظروف واقعية معينة، تؤدي إلى ترك طاهر يقوم فيخدع به الغير والذي لم يكن بوسعه أن يستعلم عن الحقيقة^(١). كما أن صاحب الحق في نظرية الطاهر وإن كان يساهم في نشوء المطهر فإن ذلك يكون من قبيل الخطأ فلا تتجه بيته إلى خلق الظاهر في حين أن صاحب الحق في الصورية تتجه إرادته إلى خلق التصرف للصوري، فهو بالتالي لا يفاجأ بمنازعته في حقه من قبل الغير، على العكس من صاحب الحق في نظرية الطاهر والذي يفاجأ بهذه المنازعة، ويتعين عليه في سبيل حسمها إثبات سوء نية الغير.

ثانياً: أن إضفاء الحماية على الغير حسن النية في نطاق الصورية لا تستلزم توافر العلط الشائع، بل تستند إلى حسن نية الغير المتمثل في عدم علمه بالتصرف المستتر، في حين أن العلط الشائع شرط ضروري لقيام الطاهر.

ثالثاً: إن الصورية تتطوي على العش، فإرادة المتعاقدين تتجه إلى إخفاء التصرف المستتر إضراراً بالغير في حين أن للظاهر لا يتضمن حتماً الإخفاء الإرادي للحقيقة، فقد يكون صاحب

(١) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٢١٣. وعبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ٧٤.

الحق وصاحب الظاهر والغير جميعهم ضحايا ظروف موضوعية خارجة عن إرادتهم أدى إلى خلق الظاهر الذي تعامل للغير على أساسه.

رابعاً: أن الحماية في إطار للظاهر تثبت لكل من ينخدع بهذا الظاهر في حين أن الحماية في إطار الصورية قد تثبت لطائفة من الدائنين ممن لم ينخدعوا بالتصرف للصوري، وثبتت حقوقهم قبل نشأته^(١) في حين أنه في نظرية الأوضاع الطاهرة لا تثبت الحماية إلا لمن انخدع بالظاهر. خامساً: أن نظرية الوضع للظاهر وتتضمن دائماً مركزين متعارضين في حين أن الصورية لا تتضمن بالضرورة هذين المركزين، ويظهر ذلك في حالة الصورية النسبية، متى تعلقت بمادية العقد أو شروطه، أو تاريخه، ففي هذه الأحوال من المحتمل تلقي المتصرف إليه حقاً من المتصرف^(٢).

بالنظر إلى نطاق الافتراق بين الصورية والظاهر، فإنه يمكن القول بأن نظرية الأوضاع الطاهرة لا تصلح أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية في نطاق الصورية.

الفرع الخامس

الأساس القانوني المقترح لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية:

بعد أن استعرضنا كافة الأفكار التي قيلت في سبيل تحديد الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية في إطار للصورية وتبين لنا عدم صلاحيتها جميعاً، نظراً للانتقادات الجوهرية التي وجهت لها وما تطوي عليه من إبراز جوانب الاختلاف العميقة مع فكرة الصورية، فإننا نرى أن الصورية تكفي بذاتها أساساً قانونياً لحماية الغير حسن النية. نحن نعتقد أن فكرة الصورية بما تتضمنه من أحكام هي فكرة مستقلة لها مزاياها وأحكامها الخاصة بها ويستحيل بالتالي

(١) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٢١٣، ومحسن البنية، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٢) انظر محسن البنية، المرجع السابق، ص ٤٨.

ربطها أو تأسيسها على أي من الأفكار المستقرة هي القانون الوضعي. وإن بدا تشابه فيما بين الصورية وبعض النظريات المستقرة في القانون الوضعي، فإن ذلك لا يؤدي إلى القول بأن الصورية تطبيق لهذه النظرية أو تلك. وعموماً يمكن لنا أن ندعم رأينا بالدعائم التالية:

أولاً: إن مصموم حماية الغير حسن النية في إطار الصورية هو إعطاؤه حق التمسك بالتصرف الصوري، فلو لا إبرام العقد الصوري لما ثبت للغير هذا الحق. وهذا الحق أرسنه بعض التشريعات بشكل مطلق فلا يكون للغير سوى التمسك بالتصرف الصوري كما هو الحال في القانون المدني السويسري والجزائري. أما التشريعات المدنية التي أعطت للغير حسن النية الخيار بالتمسك بأي من العقدين الصوري أو المستتر ليهما محققاً لمصلحته، فإن أساس هذا الخيار هو إبرام العقد الصوري، كما أن هذه التشريعات انحازت لجانب الغير الذي اختار العقد الطاهر، فيما لو تعدد الأعيار وتمسك بعضهم بالعقد الصوري وتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقي، فلو صح تأسيس حماية الغير حسن النية على أي من الأفكار الأخرى لما كان الانحياز لجانب الغير الذي اختار العقد الصوري مبرراً. فالاستناد إلى الصورية ذاتها هو ما يبرر كل ذلك.

ثانياً: إن اعتبار الصورية كافية بذاتها كأساس قانوني لحماية الغير حسن النية، لا يرد عليه أي من الانتقادات التي وجهت للأفكار الأخرى، فالصورية تؤدي إلى عدم سريان التصرف الحقيقي في مواجهة الغير، حتى لو كان الغرض من الصورية مشروعاً، كما أن تأسيس الحماية وفقاً لفكرة الصورية ذاتها يفسر لنا تفضيل الأعيار حسني النية الذين تمسكوا بالعقد الصوري، وعدم ترجيح من تمسك بالعقد المستتر، كما تصلح الصورية بذاتها أساساً للحماية في كافة صور الصورية وأنواعها سواء كانت صورية مطلقة أم نسبية أم مستترة، كما تفسر لنا حماية الدائنين السابقين على إبرام التصرف الصوري، وأساس حمايتهم هو الصورية ذاتها.

ثالثاً: إن من أهم ما يدعم رأينا هو موقف القانون المدني الألماني الذي لا يعترف إلا بالعقد الحقيقي فيما بين المتعاقدين، وهو ما يعني رفضه لفكرة الصورية بشكل عام. فلو كانت حماية العبر حسن النية تستند إلى فكرة الأوضاع الطاهرة، لما كان للمشرع الألماني يقتصر باعتمادها على العقد الحقيقي فقط، فالقانون المدني الألماني لا يوفر حماية للغير حسن النية في هذا الصدد، وذلك لرفضه العقد الصوري الناشئ عن رفضه فكرة الصورية من أساسها فلو كانت حماية العبر حسن النية تستند إلى أساس آخر لما وقف المشرع لألماني مثل هذا الموقف^(١).

المطلب الثاني

الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية المستند إلى مركز قانوني

يقصد بهذه الحماية أولاً، الحماية الثابتة للغير حسن النية الذي اكتسب حقاً على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته من جديد والتي نصت عليها المادتان (٢/١٣٦٤) من القانون المدني بقولها: "إذا زال سبب الانقضاء عاد للرهن كما كان دون معاس بحقوق الغير حسن النية الذي اكتسبها بين زوال الحق وعودته"^(٢). والمادة (١٤١٩) مدني بقولها: "ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين الموثق به ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به دون إخلال بالحقوق التي يكون العبر حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته"^(٣). وثانياً، الحماية الثابتة للغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدنية والتي نصت عليها المادتان (١١٠٧) مدني بقولها: "لا يجوز للدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ثبوتها في بيان وصي التركة ولم تكن لهم تأميمات على أموال التركة أن

(١) سوره، التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

(٢) تقابل المادتين ١٠٨٢ مدني مصري و ١٣١٥ مدني عراقي.

(٣) تقابل المادتين ١١١٢ مدني مصري و ١٣٤٦ مدني عراقي.

يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال ولهم الرجوع على الورثة في حدود ما عاد عليهم من التركة^(١). والمادة (١١٢٣) مدني والتي تنص: "إذا لم تكن التركة قد صفت وفقاً للأحكام السابقة جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصي به لهم على عقارات التركة التي حصل فيها التصرف أو التي رعت عليها حقوق عينية لصالح الغير إذا أوقعوا عليها حجزاً لقاء ديونهم قبل تسجيل التصرفات^(٢)".

وبالنظر إلى هذين المظهرين من مظاهر الحماية، فإنه إذا كان ثابتاً أن الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعونه من جديد يستند إلى مركز قانوني في اكتسابه لهذا الحق ويعطيه ميزة التقدم في المرتبة على الدائن المرتين الأصلي على اعتبار أن الراهن يظل مالئاً للمال المرهون وله أن يجري عليه ما يشاء من التصرفات، فإن إثبات قانونية مركز الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدبنة، يتطلب حسم الجدل المثار بشأن اعتبار الغير حسن النية في هذه الحالة مستنداً إلى مركز قانوني.

فعلى الرغم من وضوح جوهر هذه الحماية، فإن تحديد أساسها القانوني يعد من المسائل المثيرة للجدل، نظراً للاختلاف الفقهي في مسألة ثبوت ملكية الورثة لأموال التركة المدبنة.

وحري بنا قبل أن نعرض لموقف فقهاء وشراح القانون الوضعي، أن نعرض ابتداءً لموقف الفقهاء المسلمين من هذه المسألة والتي اتسم بالاختلاف والتنازع، فمن جهة ذهب فقهاء المالكية وبعض فقهاء الحنفية والحنابلة إلى أن أموال المتوفى تبقى على ملك صاحبها إلى أن

(١) تقابل المادتين ٨٩٧ مدني مصري و ٨٥٩ مدني سوري في حين حلا القانون المدني العراقي من نص مماثل.

(٢) تقابل المادتين ٩٤٤ مدني مصري و ٨٧٥ مدني سوري في حين حلا القانون المدني العراقي من نص مماثل.

تسند جميع ديونه، سواء أكانت تركته مستغرقة بالدين أم غير مستغرقة به، ويستند هؤلاء الفقهاء إلى القول المأثور الذي أصبح قاعدة أساسية في الإرث وهي القاعدة الفائلة بأن لا (تركة إلا بعد سداد الديون). ومن جهة أخرى ذهب غالبية فقهاء الشافعية والحنابلة إلى رأي مخالف مفاده أن أموال نفق محملة بديون المورث، سواء أكانت التركة مستغرقة بالدين أم غير مستغرقة به.

وهناك رأي وسط ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية وبمقتضاه يجب التمييز بين ما إذا كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة به، فإذا كانت مستغرقة بالدين، تبقى التركة على ملك صاحبها إلى أن يسدد دينه بمعنى أن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الديون المستحقة على المورث، وإن كانت التركة غير مستغرقة بالدين، فتنقل التركة إلى الوارث من تاريخ وفاة المورث^(١).

وقد انعكس هذا الخلاف بين الفقهاء المسلمين على آراء ومواقف فقهاء وشراح القانون الوضعي، فمن جهة ذهب بعض الشراح^(٢) إلى أنه وبمقتضى قاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون" فإن أموال التركة للمدينة قبل تصفيتها تبقى على حكم ملك المتوفى ولا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الدين. وهذا الرأي يستند على افتراض امتداد شخص المتوفى إلى ما بعد الوفاة وحتى انتهاء سداد ديون التركة.

(١) انظر عرساً لهذه الآراء المختلفة في الفقه الإسلامي وللأهلة التي يستند إليها كل رأي لدى أحمد إبراهيم أحمد، التركة والحقوق المتعلقة بها والمورث، مقال في مجلة القانون والاقتصاد، للسنة الثانية عشرة، ص ١٥٧ - ١٧٤، ولدى محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمورث، دار المطبعة العربية، ١٩٥٦، ص ١٩-٢٥.

(٢) نعمان جمعه، المرجع السابق، ص ١٢١ وما بعدها. وعبدالباسط الجميحي، مشار إليه لدى نعمان جمعه، ص ١٢٢. وحامد مصطفى، الملكية العفارية في العراق، الجزء الأول، ١٩٦٤، ص ٤٠٨ وما بعدها. ومحمد عبداللطيف، التقدّم المكسب والسقط، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٤٠٣.

أما من الجهة المقابلة فإن أغلب الشراح^(١) والعقهاء يرون بانتقال ملكية التركة إلى الورثة بمجرد وفاة المورث فلا يتأخر هذا الانتقال إلى ما بعد سداد الديون، ويرون أن التركة رغم انتقال ملكيتها للورثة فإنها تنتقل محملة بحق عيبي تبقي لصالح الدائنين وهو بمثابة رهن، ولكنه رهن قانوني^(٢).

وقد انعكس هذا الخلاف في مسألة تحديد وقت ثبوت ملكية الورثة للتركة على تحديد الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عيبياً على أموال التركة المدينة. فخلص الرأي الأول القائل بعدم انتقال ملكية التركة إلى الورثة إلا بعد سداد ديونها يرون أن الوارث حين تصرفه قد تصرف فيما لا يملك ويرتب بعض الباحثين في مسألة تحديد الأساس القانوني على ذلك بأن حماية الغير حسن النية إنما تستند إلى نظرية الأوضاع الصاهرة^(٣)، فالوارث الذي أجرى تصرفاً على أموال التركة قبل ثبوت ملكيته ما هو إلا وارث ظاهر لأنه وفقاً لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون ليس له حق إرث على الجزء من نصيبه اللازم لسداد ديون المورث، وبالتالي فقد تصرف في مال ليس له حيث كان يجب رصده لسداد الدين.

أما إذا أخذنا برأي غالبية الشراح فمؤدى ذلك عدم نزع صفة المالك عن الوارث الذي تصرف بمال من أموال التركة المدينة ورتب عليه حقاً عيبياً للغير، وبالتالي يثور التساؤل: ما هو الأساس القانوني الذي بموجبه كرس المشرع حميته للغير حسن النية على نحو يتمتع معه

(١) أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٧٤. ومحمد أبو رهرة، المرجع السابق، ص ٢٥. وعبدالمعص الصدق، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٨٢، دار النهضة العربية، ص ٧٤١. ورمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، ط ١، ١٩٨٩، ص ٥٤. وعبدالرزاق السبهوري، الوسيط، الجزء التاسع، أسباب كسب ملكية، فقرة ٣٢. وإسماعيل غانم، مذكرات في الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، سنة ١٩٥٨، ص ١٥٨-١١٠. ومحمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٢) عبدالمعص الصدق، مرجع سابق، ص ٧٤٣.

(٣) نعمان جمعه، مرجع سابق، ص ١٢١. ونتيجة قره، مرجع سابق، ص ٦٥.

على الدائن منازعة الغير فيما اكتسب من حقوق عينية على المال؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي ابتداءً تحديد موقف القانون المدني الأردني

والتواين المدنية موضوع المقارنة من مسألة تحديد وقت ثبوت ملكية الوارث للتركة.

والذي يبدو لنا أن المشرع الأردني قد أحد بالقول الثاني القائل بأن التركة تنتقل إلى

الورثة من تاريخ وفاة المورث، إلا أن أموالها تبقى معلقة بديون المورث، بحيث يكون لدائني

المورث حق امتياز على أمواله. وهذا هو موقف المشرعين المصري والسوري، ويمكن لنا أن

نقيم الدليل على ذلك من خلال المادة (١١٢٣) مدني أردني المقابلة للمادتين (٩٤٤) مدني

مصري و(٨٧٥) مدني سوري والتي تنص "إذا لم تكن للتركة قد صفت وفقاً للأحكام السابقة

جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصي به لهم على عقارات التركة التي

حصل فيها التصرف أو التي رتب عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أوقعوا عليها حجراً لفاء

ديونهم قبل تسجيل التصرفات"، فمن خلال هذا النص الذي على الرغم من تعلقه بالتركات التي

لم تخضع للتصفية فإننا نستطيع أن نسين من خلاله أن المشرع الأردني شأنه في ذلك شأن

المشرعين المصري والسوري يعترف بحق الوارث في التصرف بأعيان التركة، حتى لو كانت

مدينة، وأن هذا التصرف لا يبطل بين أطرافه. وكل ما هالك أن لدائن التركة الحق في تتبع

أعيانها تحت يد الغير أيا كان، فالتركة إذن تنتقل ملكيتها فور الوفاة إلى الورثة، كما لهم الحق

في التصرف في أعيانها وفي تقرير ما يشاءون من حقوق عينية على تلك الأعيان.

وهذا الفهم يجب أن يظل قائماً حتى بالنسبة للتركات التي خضعت لنظام التصفية وفقاً

لأحكام القانون، فهذه التركات تنتقل ملكيتها أيضاً إلى الورثة لمجرد الوفاة، فلا تترأخى الملكية

إلى حين انتهاء التصفية وتسليم الأعيان المتبقية إلى الورثة ولا يحل بصحة هذا القول ما احتوته

بعض المواد في القانون المدني من ذلك المادة (١٠٩٥) مدني أردني المقابلة للمادتين (٨٨٤)

مدني مصري و (٨٤٥) مدني سوري والتي تنص "لا يجوز للوارث قبل أن يتسلم حجة ببيان نصيبه في صافي التركة أن يتصرف في مال التركة ولا يجوز له أن يستأدي ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين عليها".

فهذا النص وإن كان يمنع الوارث قبل أن يتسلم شهادة أو حجة تبين نصيبه من التركة من أن يتصرف بأعيان التركة فإنه يجب أن يفهم في ضوء الغاية من أحكام تصفية التركة ذلك أنه مما يتفق مع هذه الغاية أن يسمح للورثة بالتصرف الفوري في أعيان التركة أو الاستيلاء على شيء من أموالها^(١)، لأن تنظيم التصفية وتركيز عملياتها في يد المصطفى وحده تقتضي غل أيديهم من التصرف فيما يملكون مثلاً بفسد تدخلهم العوري على هذا النحو عملية التصفية الجماعية^(٢).

وإذا كان للمشرعان المصري والسوري قد قطعاً دابر أي خلاف حول وقت ثبوت ملكية الورثة للتركة، عندما نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٦٠) منه على أنه "يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاصي"، وهو ذاته ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الموارث المصري فإن المشرع الأردني لم يحد حذو مثيليه المصري والسوري فنصت المادة (٢/١٠٨٦) مدني "تعيين الورثة وتحديد أعضائهم في الإرث وانتقال التركة يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية"، فالمشرع الأردني لم يحد بشأن تحديد وقت انتقال التركة إلى قانون وإنما أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كانت الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية متعارفة فيما بينها على تحديد وقت ثبوت ملكية الورثة للتركة ولم يتضمن قانون الأيتام ونظام التركات وأموال الأيتام ما يشير إلى تفضيل

(١) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٢) عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص ٧٤٥.

رأي مذهب من المذاهب، فإن الأخرى برأيا أن يحتكم في خصوص تحديد وقت ثبوت ملكية الورثة للتركة للمادة (١١٢٣) مدني أردني السابق ذكرها والتي خلصنا من خلالها إلى أن الشرع الأردني منحاز للرأي القائل بثبوت ملكية الورثة للتركة بمجرد وفاة المورث.

ولا يثار مثل هذا الجدل في ظل القانون المدني العراقي لأن المشرع العراقي من جهة لم يضمن ذات الحماية التي كرمها المشرع الأردني والمصري والسوري للغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة^(١). ومن جهة أخرى فإن المشرع العراقي بنى قاعدته على كسب الورثة أموال التركة مباشرة، وذلك يستتبع جئماً حواجز تصرف الورثة بالتركة دون أن تتوقف صحة هذا التصرف على تحريرها وإثبات الديون حسب المادة (١/١١٠٧) مدني عراقي^(٢). إلا أن المشرع العراقي وإن لم يصب على حماية الغير حسن النية الذي كسب حقاً عينياً على أموال التركة فإنه قد حال دون الطعن بالتصرفات التي أوقعها الورثة على التركة بعد انقضاء هذه المدة أن يقوم الدائنون سواء كانوا ممتازين أو عاديين بالطعن بالتصرفات التي لوقعها الورثة على التركة^(٣).

وبعد أن استهينا إلى ثبوت ملكية الورثة لأموال التركة منذ لحظة وفاة المورث، فإن مؤدى ذلك اعتبار أي تصرف رتب بمقتضاه الوارث حقاً لأخر على مال من أموال التركة تصرفاً صادراً من مالك. وبناءً على ذلك فإن الغير الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة

(١) مما هو جدير بالذكر أن القانون المدني العراقي لم يتضمن تنظيمياً للتركة في تصنيفها وجردها وتسوية الديون كما هو الحال في القوانين المدنية في الأردن ومصر وسوريا وإنما اعتمد في ذلك على قانون تحرير التركات وإدارة أموال العائنين والمحجوزين. حامد مصطفى، مرجع سابق، ص ٤١٣.

(٢) الطر حامد مصطفى، المرجع السابق، ص ٤١٣.

(٣) المادة ٢/١١٠٧ مدني عراقي.

[illegible]

५५०-

[illegible]

יִצְחָק וְיַחְזָק

والتي هي في الواقع مركزا قانونيين، أحدهما مركز الغير الذي
يتمثل على الخصوص في إثارة قضايا حقوق الإنسان، والآخر
الذي يتمثل على الخصوص في إثارة قضايا حقوق الإنسان، والآخر

• جدي من جودك والبراءة بيننا ما بين المرء والمرء على حقاً كما في البراءة بيننا وبينك.

بعدم صحة سبب انقضاء الرهن الأصلي أن يتوقع عودة الرهن الأصلي من جديد. ما إذا كان لا يعلم بصحة سبب انقضاء الرهن الأصلي فإنه يكون جديراً بالحماية ويتقدم بالتالي في استيفاء حقه على الدائن الأصلي.^{٥٠}

ويدرج ما ذكرناه على اكتساب الغير لحق عيني على أموال التركة المدينة حيث راعى المشرع حسن نيته المتمثل بعدم علمه بتعلق حقوق الدائنين العاديين بالتركة. ولعل ما يؤكد هذا الطرح هو أن حماية الغير حسن النية تنحصر في مواجهة الدائن للعادي أما الدائن الممتاز وهو ما ثبت له تأمين عيني على أموال التركة المدينة فلا سبيل لترجيح مركز الغير على مركزه لأن الغير لا يستطيع الادعاء بحسن نية على اعتبار أن التأمين العيني يتوفر له من الظهور والثبوت مما ينتفي معه الادعاء بعدم العلم به.

الفصل الثالث

**أحكام الحماية المستندة إلى
نظرية الأوضاع الظاهرة**

الفصل الثالث

أحكام الحماية المستندة لنظرية الأوضاع الظاهرة

تمهيد وتقسيم:

لحماية الغير حسن النية المستندة لنظرية الأوضاع الظاهرة مطهرين نص المشرع المدني عليهما صراحة، وهما الوكالة الظاهرة والملكية الظاهرة. وسوف نتناول في هذا الفصل الأحكام العامة لكل مطهر من هذين المطهرين وذلك بتقصي الشروط الواجب توافرها لإسباغ الحماية في كل مطهر فضلاً عن تناول مضمونها، ذلك أنه يشترط لإسباغ الحماية على الغير توافر شروط وضوابط معينة على نحو يترتب معه ضرورة توافرها بصورة كاملة حتى يكون الغير جديراً بالحماية، وأي احتلال أو نقص في شرط من الشروط الواجب توافرها في كل مطهر من مظاهر الحماية. ذلك يؤدي إلى ترجيح مركز صاحب الحق على مركز الغير، لأن تلك الشروط والضوابط الواجب توافرها على نحو كامل ودقيق هي المبررات التي دفعت للمشرع إلى إضفاء الطابع الموضوعي على بعض أحكامه والانحياز لجانب الغير حسن النية.

وبالنظر إلى هذين المطهرين فسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في الأول

أحكام حماية الغير حسن النية في نطاق الوكالة الظاهرة، والثاني في نطاق الملكية الظاهرة.

المبحث الأول

في نطاق الوكالة الظاهرة

الوكالة الظاهرة^(١) بصفة عامة، هي تلك التي تدخل الوكيل بحسب الأصل - إجراء التصرف نيابة عن الموكل وذلك لانعدامها أو لانقضائها أو لتجاوز الوكيل الحدود المقررة له في سند الوكالة^(٢). ومع ذلك فقد رتب المشرع على هذه الوكالة آثارها واعتبرها نافذة في حق الموكل لاعتبارات توجيه حركة التعامل نحو الاستقرار ورعاية الأوضاع الظاهرة ومقتضيات حماية الغير حسن النية.

ومن خلال التعريف المتقدم نجد أن الوكالة الظاهرة تقوم في حالة ما إذا أجرى الوكيل تعاملًا مع الغير حسن النية رغم انقضاء وكالته أو انعدامها أو أنه كان متجاوزاً لحدود وكالته حين إجرائه التعامل. وقد أخذ المشرع الأردني شأنه شأن المشرع المصري والسوري والعراقي بالوكالة الظاهرة في حالتين من حالاتها، وهما حالنا انقضاء الوكالة وانعدامها، ففي حين لم تنص أي من هذه التشريعات نصاً بصفي الحماية على الغير حسن النية إذا ما أجرى معه الوكيل تصرفاً تجاوز به حدود وكالته وهو ما يقودنا إلى أن المشرع الأردني بالإضافة لباقي

(١) لا تظهر حماية الغير حسن النية في نطاق النيابة القانونية، ويقتصر ظهورها في نطاق النيابة الاتفاقية (الوكالة) لأن النيابة القانونية يحسن المشرع بتنظيم أحكامها سواء من حيث وجودها أو مدتها أو نطاقها، وعليه فلا يسوغ للغير أن يحتج بانعدام نيابة النائب القانوني ولياً كل أم وصياً أم مديكاً أو انقضاء نيابة أو تجاوزه لحدودها، لأن احتجاجة يصطدم بمبدأ عدم جواز الاعتداد بجهل القانون .. انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٠-٣١. وتوفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٢) يعني التفرقة ما بين الوكالة الظاهرة والوكالة الضمنية والوكالة الضمنية تستند إلى إرادة صادرة فعلاً من الأصل شأنها شأن الوكالة الصريحة وليس الأمر فيها إلا أمر احتلاف صورة التعبير عن الإرادة. أما الوكالة الظاهرة فلا تستند إلى إرادة الأصل، بل مرجعها فكرة حماية الغير وضمن استقرار المعاملات. انظر في ذلك: جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، المرجع السابق، القاهرة، ص ٣٦٧، هامش رقم (١).

التشريعات المقارنة لا يأخذ بفكرة الوكالة الظاهرة في الحالة التي يتجاوز فيها الوكيل حدود وظيفته.

وصفوة القول إن أعمال أثر الوكالة رغم انقضائها أو انعدامها وتقرير آثارها في مواجهة الأصيل حماية للغير حسن النية يستلزم توافر شروط معينة لا بد من تحققها مجتمعة وإلا فلا مجال لأعمال أي أثر للوكالة.

ولاستناداً إلى ما ذكره، فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول لتناول أحوال قيام الوكالة الظاهرة، ونخصص الثاني لمبحث شروط أعمال الوكالة الظاهرة.

المطلب الأول

حالات قيام الوكالة الظاهرة

سبق القول إن الأصيل لا يلزم بأثار التصرفات التي يجريها وكيله إلا حيثما تكون هذه التصرفات قد أجراها الوكيل استناداً إلى وكالة قائمة وبالتالي فإن الأصيل لا يكون ملزماً بأثار التصرفات التي أجراها الوكيل رغم انقضاء وظيفته أو انعدامها. غير أن الالتزام الحرفي بهذا الأصل قد يؤدي إلى نتائج تتجافي العدالة ويزعزع استقرار التعامل ويتناقض مع موجبات حسن النية، ولهذا فقد قامت فكرة الوكالة الظاهرة لتخفف من حدة الآثار الناشئة عن أعمال قواعد الوكالة وأهمها حصر التزام الأصيل في الآثار الناشئة عن التصرفات التي يجريها الوكيل استناداً إلى وكالة قائمة حين إجراء التصرف وبأن يتجاوز في ذلك حدود وظيفته.

ولهذا فإن فكرة الوكالة الظاهرة تقوم في جميع الحالات التي يكون فيها تصرف الوكيل غير ملزم للأصيل سواء كان الوكيل قد أجرى التصرف رغم انقضاء وظيفته أو رغم انعدامها أو رغم تجاوزه في إجراء ذلك للتصرف الحدود المقررة له في سند الوكالة.

وعلى الرغم من أن نطاق الوكالة الطاهرة بالتحديد السابق قد توافر عليه الفقه والقضاء فإن المشرع الأردني شأنه في ذلك شأن التشريعات المدنية موضوع المقارنة قد قصرت أعمال الوكالة الطاهرة على حالتها انقضاء الوكالة وانعدامها فلم تنص على أعمال أثر للوكالة رغم تجاوز الوكيل حدود وكراته.

ونرتبياً على ما سبق فسوف نبحث عبر الفرع الأول أعمال أثر الوكالة الطاهرة رغم إقصائها، وسنأول في الفرع الثاني أعمال أثر للوكالة رغم انعدامها.

الفرع الأول

أعمال الوكالة رغم انقضائها

يترتب على انقضاء الوكالة ألا يعود للوكيل صفة في إبرام التصرفات نيابة عن موكله، وبالتالي ألا يلزم الموكل بالأعمال التي يجريها للوكيل بعد ذلك باسمه^(١). وهذا هو الأثر الطبيعي المترتب على انقضاء الوكالة أي كان سبب الانقضاء^(٢). غير أن هنالك أحوال قد يخفى فيها انتهاء الوكالة على الغير الذي يتعامل مع الوكيل، فيكون من العسير عليه اكتشاف انقضائها خاصة إذا لم يرافق هذا الانقضاء سحب سند الوكالة من الوكيل، فيعدو من الإجحاف نسبة أي نقصير للغير في هذه الحالة واعتباره قد تعامل مع غير ذي صفة مما يؤدي إلى عدم سرعان آثار التصرف الذي لجراه في حق الموكل^(٣). وتنقضي الوكالة بصفة عامة لأسباب عديدة منها ما يعود للموكل نفسه ومنها ما هو ناشئ عن عقد الوكالة ومنها ما يعود للوكيل، فمن حيث أسباب انقضاء الوكالة التي تعود للموكل، فقد تنقضي الوكالة بموته أو بفقدانه أهليته أو بقيامه

(١) عبدالباسط الجسيمي، المرجع السابق، ص ٦.

(٢) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٧، المرجع السابق، ص ٦٠٤. و نعمان جمعه، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٣) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٧، المرجع السابق، ص ٦٠٤. و نعمان جمعه، المرجع السابق، ص ٨٠.

يعزل الوكيل^(١) أو لإفلاسه، والإفلاس والعزل من أسباب انقضاء الوكالة التي يدر وقوعها دون علم للوكيل بها ذلك أن العزل قد يكون شعاهة وقد يكون لسحب مند الوكالة من الوكيل، ولها أهمية كبرى تتمثل في تضيق حماية الغير حسن النية لأن علم للوكيل بسبب الانقضاء كساف لحرمان الغير من هذه الحماية.

وقد تنقضي الوكالة لأسباب عائدة إلى الوكيل وتتحصر في موته أو فقده أهليته أو تنحبه عن الاستمرار في مباشرة الوكالة، كما تنقضي الوكالة لأسباب تتعلق بها ذاتها كما لو استنفدت أغراضها وذلك بأن ينفذ الوكيل الأمر الذي وكل فيه، فتصبح الوكالة بعد ذلك غير ذات موضوع، أو أن تكون الوكالة محدودة المدة وتنقضي للمدة^(٢)، أو أن يصبح تنفيذ الوكالة مستحيلًا^(٣).

وقد أقر المشرع الأردني فكرة الوكالة الظاهرة في حالة الوكالة المنقضية وذلك بإعمال أثر الوكالة رغم انقضائها في مواجهة الموكل. وقد جسدت ذلك المادتان (١١٤) و (٨٦١) مدني حيث تنص المادة (١١٤) على أنه "إذا كان النائب ومن تعاقد مع بجهل معاً وقت إبرام العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد للذي يبرمه يضاف إلى الأصل أو حلقاته". في حين تنص المادة (٨٦١) مدني على أنه تسري أحكام النيابة في التعاقد المنصوص عليها في هذا القانون على علاقة الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل" وهذا الموقف هو ذاته الذي اتخذه

(١) ينبغي عدم الخلط بين حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع وكيل معزول وبين حماية الغير في نطاق الوكالة غير القابلة للعزل المنصوص عليها في المادة ٨٦٢ من القانون المدني إذ تتعلق هذه الحالة بعدم قدرة الموكل على عزل الوكيل بعد إجراء تصرف مع الغير تعلق بمقتضاء حق الغير بالوكالة.

(٢) حيث نصت المادة ٨٦٢ مدني أردني تنتهي الوكالة ١- بإتمام العمل الموكل به، ٢- بانتهاء الأجل المحدد لها...".

(٣) سعودي مرجان، المرجع السابق، ص ٢٣٥. وعبدالباسط العميمي، ص ٦.

المشرعان المصري والسوري فيما يتعلق بالوكالة الظاهرة في حالة الوكالة المنقضية^(١)، حيث تترتب آثار التصرفات التي أجراها الوكيل رغم انقضاء وكالته في مواجهة الموكل حماية للغير حسن النية في جميع حالات انتهاء الوكالة باستثناء حالة انتهاء الوكالة لأي سبب من الأسباب التي تعود للوكيل بصورة مطلقة أو لانتهاء موضوع الوكالة لأن هذه التشريعات تشترط توافر حسن النية بصورة مزدوجة لدى كل من الوكيل الغير وذلك بعدم علم كل من الغير والوكيل بانقضاء الوكالة.

أما بالنسبة للمشرع العراقي، فقد انفرد عن المشرع الأردني والمصري والسوري في أنه يقر فكرة الوكالة الظاهرة في حالة الوكالة المنقضية بصورة عامة، ذلك أنه لا يقيم وزناً لحسن نية الوكيل في جميع حالات انتهاء الوكالة، وهذا ما تكرسه المادة (٩٤٨) مدني عراقي حيث تنص "لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير حسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها".

كما يلاحظ أيضاً بالنسبة لمسلك المشرع الأردني ومثليه المصري والسوري إن اشتراط حسن النية للوكيل جنباً إلى جنب مع حسن نية الغير لأجل إسباغ الحماية على هذا الأخير من شأنه أن يضيق من نطاق الحماية إلى حد كبير وفي أحوال كثيرة من حالات انتهاء الوكالة وعلى الأخص في حالتين عزل الوكيل أو إفلاس الموكل ذلك أن العزل وما يحاط به من وسائل تضمن تناهي العلم به إلى الوكيل والإفلاس وما يرافقه من إجراءات من شأنها إعلام الوكيل به إلى حد بعيد فكل ذلك من شأنه أن يجعل توافر حسن النية لدى الوكيل أمر بعيد الوقوع وإذا ما افترض في جانيه فمن السهل إثبات عكسه، في حين جاء مسلك المشرع العراقي أكثر مراعاة لجانب الغير حسن النية، للحيلولة دون ترتيب آثار الوكالة في مواجهة الموكل^(٢).

(١) راجع للمدتين (١٠٧) مدني مصري و (١٠٨) مدني سوري.

(٢) عدنان السرحان، العقود المسماة، المرجع السابق، ص ١٦٥ وفي هذا السياق تشير إلى أن المشرع الفرنسي قد أسبع الحماية على الغير حسن النية الذي تعامل مع وكيل معزول، فلم يشترط عدم علم الوكيل بالعزل-

الفرع الثاني

(أعمال لئى الوكالة رغم انعدامها

يقصد بانعدام الوكالة، انتهاء وجودها للقانونى ابتداءً، بمعنى أن المتصرف لم يكن وكيلًا عن صاحب الشأن ولكنه تصرف وكان له هذه الصفة. وحالة انعدام الوكالة وإن كانت تتفق مع حالتى انتهاء الوكالة وتجاوز حدودها من حيث أن الوكيل ليس بوسعه التصرف نيابة عن الأصل، إلا أنها تفترق عن تلك الحالتين بعدم سبق وجود وكالة أصلاً، فإجراء الوكيل تصرفاً رغم انقضاء وكالته أو رغم عدم انطواء الوكالة على تخويله إجراء التصرف، ومع ذلك تصرف متجاوزاً بذلك حدود وكالته، إنما يقع فى وكالة سبق قيامها، بل أن حالة التجاوز تقع على وكالة قائمة فعلاً.

وانعدام الوكالة يأخذ مظاهر وأشكالاً عديدة، فإبرام التصرف استناداً إلى وكالة منعدمة قد يتم بأن يقوم شخص باغتصاب صفة الوكالة وذلك بأن يصطنع لنفسه من الأوراق والظروف ما يوهم الغير بوكالته، كما لو استأجر شخص متجراً لاستغلاله مقابل أجره معينة يتقاضاها من صاحب المتجر، وبقي المستأجر يستعمل أوراق المتجر التي تحمل اسم صاحبه، فإن التصرفات التي يجريها المستأجر تلزم صاحب المتجر، إذ يعتبر المستأجر وكيلًا ظاهراً عنه وإن لم تكن عنده وكالة أصلاً^(١).

سراحتص حالة عزل الوكيل بنص صريح حيث نصت المادة ٢٠٠٥ مدني فرنسي "إن العزل لا يحتج به على الغير الذين تعملوا عن جهل به".

(١) هذا المظهر من تطبيقات القضاء الفرنسي لعكرة الوكالة الظاهرة في حالة الوكالة المنعدمة، حيث يقرر القضاء في هذا الشأن أن ثمة حالة وكالة ظاهرة وذلك بظهور المستأجر بمظهر وكيل عن صاحب المتجر في إدارته لهذا المتجر وفي تعامله مع الغير وخصوصاً في شرائه للبيضات اللازمة لتفعيل المتجر، وعلى هذا الأساس يكون للتجار الذين يوردون البضائع للمتجر، الحق في الاعتقاد بأن مستأجر المتجر ليس إلا مديراً مأجوراً يعمل لحساب صاحب المتجر خصوصاً إذا لم يتم النشر بشكل كاف عن هذا التصرف =

وقد يكون انعدام الوكالة ناشئاً عن بطلانها، كما لو وكل شخص آخر في شراء بيت لإدارته للقمار وكان الوكيل يعلم بذلك، فإن للوكالة تكون باطلة لعدم مشروعية السبب، ومع ذلك إذا اشترى الوكيل المنزل بموجب هذه الوكالة للبطلان وكان البائع لا يعلم بالسبب غير المشروع، فإنه يستطيع أن يلزم الأصيل بالبيع^(١)، وقد تكون الوكالة منحة إذا كانت قابلة للإبطال^(٢)، كما لو كان الموكل قد وقع في غلط جوهري عندما أعطى التوكيل أو كان مكرهاً في ذلك، وعمل الوكيل بموجب هذه الوكالة، وكان المتعامل معه يجهل انطواء الوكالة على ما يجعلها قابلة للإبطال، فإن أثر التصرف ينصرف إلى الموكل حتى لو حصل هذا الأخير على حكم بإبطال الوكالة، وقد يكون انعدام الوكالة ناشئاً عن سوء استخدام الوكيل للتوكيل، كما لو أعطي توكيلاً على بياض، فيملأ البياض بأمر غير متفق عليه مع الموكل، فيكون وكيلاً ظاهراً دون أن تكون عنده وكالة أصلاً^(٣).

وقد اعترف المشرع الأردني شأنه في ذلك شأن المشرع المصري والسوري والمراقسي بالوكالة الظاهرة في أهم تطبيقات الوكالة المنعقدة، وهي حالة الوفاء لمدعي الوكالة الذي يحوز الدين، وهذا ما قرره المادة (٣٢٠) مدني والتي تنص "يكون الوفاء للدائن أو لثانيه، ويعتبر ذا

حرمين تطبيقات القصاص العرسي في هذا الخصوص ما يسمى بوكالة الحليلة عن حليلها، وذلك باعتبار الحليل ملزماً بتصرفات خليلته على أساس أن معيشته لها قد أنشأت مطهراً - هو مطهر للزوجة - ولما كان نظام الزواج في فرنسا يسمح بتبرير هذه الوكالة على أساس إرادة الزوج للصمعية أو على أساس من القانون. فيكون من العدل تحميل الحليل شئ المطهر فيما يتعلق بمعاملات خليلته مع الغير الذين اعتقدوا أنها زوجته، إذ أن طبيعة المعاملات تلبي أن يطلب الناجر ممن يتعاملون معه الدليل على شرعية العلاقة القائمة بينهم، أو أن يتحري عما إذا كانت العلاقة رواجاً أو معاندة. انظر تفصيل ذلك لدى: عبدالباسط الجمعي، للمرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها.

(١) السهوري، الوسيط، ج ٧، المرجع السابق، ص ٦٠٥.

(٢) السهوري، الوسيط، ج ٧، المرجع السابق، ص ٦٠٦. وكذلك حسن الفكهاني، موسوعة القصاص والفقه للدول العربية، الجزء التاسع والأربعون، ١٩٨٠، ص ١٧١.

(٣) السهوري، الوسيط، ج ٧، ص ٦٠٥.

صفة هي استيفاء الدين من يقدم للمدين محالصة صادرة عن الدائن إلا إذا كان متفقاً على أن يكون الوفاء للدائن شخصياً^(١).

وحباسة المال تكون بالحصول على المخالصة التي تثبته، وقد تنبه المشرع المدني لهذه الحالة، فاعترف بصحة وفاء الدين، لأن الحصول على محالصة الدين قد يكون غير مشروع، كما لو تقدم شخص بمخالصة صادرة عن الدائن وكان قد استولى على هذه المخالصة خلسة وقدمها إلى المدين، فقام بالوفاء، فإذا لم يتم الاعتراف بصحة هذا الوفاء، فإن من شأن ذلك إلحاق الضرر بالمدين الموفي، ولذلك اعتبر المشرع المدني استيفاء الدين صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين^(٢).

ولا يكون اعتبار وفاء المدين صحيحاً ومبرئاً لذمته، إلا إذا تم إضفاء صفة الوكيل على من تقدم بمخالصة صادرة من الدائن على الرغم من عدم وجود وكالة لمن تقدم بالمخالصة إلى المدين لقبض الدين، ولذلك فإن المادة ٣٢٠ تعد تطبيقاً تشريعياً صريحاً لفكرة الظاهر في أهرر تطبيقات الوكالة للظاهرة والمتمثلة بالوكالة المنعقدة.

وعلى الرغم من أهمية هذا النص والعائدة العملية التي يحققها، إلا أنه يؤخذ على مسلك المشرع الأردني والمقارن في هذا المقام قصره حالة انعدام الوكالة على الحالة التي يتقدم فيها شخص بمخالصة صادرة عن الدائن بوصفه وكيلاً عن الدائن في استيفاء الدين في حين أن انعدام الوكالة يأخذ مظاهر وأشكالاً عديدة، فإبرام التصرف استناداً إلى وكالة منعقدة قد يتم بأن يقوم شخص باغتصاب صفة الوكالة وذلك بأن يصطنع لنفسه من الأوراق والظروف ما يوهم الغير بوكالته، ولذلك فإن التساؤل الذي هو محور هذه الدراسة والمتعلقة بمركز الغير حسن السيرة

(١) تطابق المواد ٣٣٢ مدني مصري و ٣٣٠ مدني سوري و ٣٨٣ مدني عراقي.

(٢) انظر: عدنان السرحان، للمرجع السابق، ص ١٦٤ وجمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

قناة مركز صاحب الحق يثور بشكل كبير في حالة الوكالة المندمة، حيث تقتصر حماية الغير حسن النية والمتمثل بالمدين الموفي في حالة ما إذا تقدم شخص بمخالصة الدين دون أن يكون مخولاً باستيفائه في حين أن الوكالة المندمة - كما أسلفنا تأخذ أشكالاً ومظاهر عديدة - وإراء ذلك فقد بررت آراء فقهية^(١) تنادي بوجوب إضعاء الحماية على الغير حسن النية في حالة الوكالة المندمة وذلك في جميع الحالات التي يكون فيها ظهور شخص ما بمظهر الوكيل دون وجود وكالة أصلاً مستنداً إلى خطأ الأصل.

وبرأينا أن ما ينادي به الفقه من وجوب أن يكون مطهر الإنابة من خلق الأصل، يحقق توازناً تاماً بين مركز الغير حسن النية ومركز الأصل، فلا يطغى حق على آخر، فيرجع مركز الغير حسن النية إذا كان مطهر الإنابة من خلق الأصل في حين يرجع مركز الأصل إذا لم يثبت خطأ في جانبه أدى إلى نشوء المطهر أو إذا قصر الغير أو أهمل في استطلاع حقيقة صفة من يتعامل معه.

وبمثل ما تواهر عليه الفقه، فقد استقر الاجتهاد القضائي على عدم اقتصار حماية الغير حسن النية في حالة الوكالة المندمة على الحالة التي يتقدم فيها شخص بمخالصة صادرة عن الدائن ويستوفي الدين دون أن يكون مخولاً بذلك، بل يتعدى ذلك إلى جميع الحالات التي يكون فيها مظهر الوكالة الأصل من خلق الأصل أي ناشئاً عن خطئه. فقد أقرت محكمة النقض

(١) جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص ٢٦٨. وعبدالرزاق السهوري، الوسيط، ح ٧، المرجع السابق، ص ٦٠٧. ومن الفقه الفرنسي الفقيه ديموج (Demogé)، حيث يرى أن توسيع حماية الغير حسن النية في حالة الوكالة المندمة دون استلزام أن يكون مظهر الوكالة من خلق الأصل من شأنه أن يلحق ظلماً بالأصل ولذلك فإن الأوفق أن يقتصر تطبيق فكرة الوكالة الظاهرة في حالة لعدم الوكالة أصلاً على الأوضاع التي تكون فيها الظروف الموهمة بوجود الإنابة من فعل الأصل، نقلاً عن جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

لمزيد من الإيضاح، راجع جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

الفرنسية فكرة انعدام الوكالة في معظم أحكامها وصححت تصرفات الوكيل الظاهرة على الرغم من انعدام وكالته، واستندت في ذلك إلى قواعد المسؤولية، فاشتترطت ضرورة توافر الخطأ في جانب الأصيل. ومن أشهر تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا الخصوص وكالة الخليفة عن خليلها، فقد انتهى للقضاء الفرنسي إلى اعتبار خليل ملزماً بتصرفات خليلته على أساس أن معيشته لها قد أنشأت مظهراً هو مظهر الزوجية، فيكون من العدل تحميله هذا المظهر فيما يتعلق بمعاملات هذه الخليفة مع الغير، وقد اعتبر القضاء الفرنسي أن الخليفة مزودة بهذه الوكالة عن خليلها قياساً إلى ما استقر عليه هذا القضاء من اعتبار الزوجة وكيلة عن زوجها فيما يتعلق بالمشتريات اللازمة لها ولمنزلها وأن هذه الوكالة تستند إلى إرادة الزوج الصمنية^(١).

كما استقر اجتهاد محكمة النقض المصرية على تكريس حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع شخص يستند إلى وكالة لا وجود لها ناشئة عن خطأ الأصيل ويمكن استخلاص ذلك من حكم شهير لها صدر عام ١٩٧١ جاء فيه "يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئاً وأن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل للظاهر قد انحدر بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ أو تقصيراً في استطلاع الحقيقة. وهذا لم يتحقق في خصوصية المنازعة المطروحة وذلك أن المدين الذي اتفق مع مدير الشركة المدعى عليه على إبرائه من جزء من الدين المستحق في ذمته لا يعتبر حسن النية لأنه كان يعلم أن هذا التصرف لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين وأنه لا يملك توكيل غيره في إجرائه ومن ثم لا تكون موافقة المدير على قبول هذا الإبراء حجة على الشركة لانعدام نيابته عنها في الحقيقة والظاهر"^(٢)، وقد تأكد هذا الاستقرار لمحكمة النقض

(١) انظر في هذا الخصوص: عبدالباسط الجبيلي، ص ٥١ وما بعدها.

(٢) نقض ٢١ يناير ١٩٧١ مشار إليه لدى جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

للمصرية بصورة قاطعة في حكمها الشهير الصادر عن هيئتها العامة عام ١٩٨٦ والذي أسفر عن اعتبار نظرية الأوضاع الطاهرة واجبة الأعمال متى توافرت شرائط تطبيقها ومن ضمنها أن يكون المظهر ناشئاً عن خطأ الأصل الإيجابي أو السببي. فعلى ضوء هذا الحكم يمكن إسباغ الحماية على الغير حسن النية لئلا كانت أشكال ومظاهر الوكالة للمعدمة إذا ثبت أن مظهر الوكالة من خلق الأصل.

وفي هذا الاتجاه سارت محكمة التمييز الأردنية حيث صدر لها حكم حديث توسعت فيه في حمايتها للغير حسن النية الذي تعامل مع وكيل طاهر يستند إلى وكالة معدمة وجاء في هذا الحكم "لا ينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل إذا تم بدون وكالة حتى لو كان الغير حسن النية عملاً بالمادة (٨٢٣) من القانون المدني إلا أن المظهر الخارجي المنسوب للموكل يكون من شأنه أن يدفع الغير حسن النية إلى الوقوع في وهم وجود وكالة يتعاقد مع الوكيل تحت تأثير هذا الوهم، عندها تنصرف آثار هذا العقد إلى الموكل، والتصرف المقصود في ذلك هو التصرف الذي ينشأ بين طرفين^(١). وظاهر مدى تطور مسلك محكمة التمييز في هذا الشأن إلا أن أهم ما يبرر هذا الحكم هو ربطه حماية الغير حسن النية من آثار الوكالة المعدمة في كافة مظاهر أشكالها بخطأ الأصل.

(١) تمييز حقوق رقم ٩٢/٥٦٣ تاريخ ١٩٩٢/١١/١٩ المحامي إبراهيم أبو رحمة، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية ما بين علمي ٩٢-٩٥، الجزء الثامن، قسم ٣، ص ٧٠٥٩.

المطلب الثاني

شروط أعمال الوكالة الظاهرة

يتعين حتى يترتب على الوكالة الظاهرة ما يترتب على الوكالة الحقيقية من آثار، توافر عدة شروط منها ما هو متعلق بالمظهر المادي للوكالة حيث يتوجب توافر الركن المادي للظاهر ومنها ما هو متعلق بالغير محل للحماية ومنها ما هو متعلق بالركن المعنوي للظاهر. وحيث سبق لنا أن حددنا من بعد غيراً بالنسبة للوضع الظاهر فحيل بشأنه إلى ما سبق بحثه ولذلك فسوف يقتصر بحثنا في شروط أعمال الوكالة الظاهرة على توافر ركني الظاهر المادي والمعنوي.

الفرع الأول

تحقق الركن المادي

لا بد حتى يحقق للركن المادي للوكالة الظاهرة أن يعمل الوكيل باسم الأصيل دون وكالة ثم لا بد أن يكون المظهر الخارجي للوكالة منسوباً إلى الأصيل.
أولاً: أن يعمل الوكيل باسم الأصيل دون نيابة:

ويكون ذلك إما بأن يستمر الوكيل في العمل كوكيل بعد انقضاء الوكالة أو بأن يعمل دون وكالة أصلاً، وبعد استمرار ظهور الوكيل بهذه الصفة على الرغم من انقضاء الوكالة أن انعدامها خلقاً للمظهر المادي للوكالة، فإذا انقضت الوكالة لأي من الأسباب العائدة للموكل كموته أو فقدانه الأهلية أو عزل الوكيل أو إفلاسه ومع ذلك استمر الوكيل في العمل وإجراء التصرفات نيابة عن الموكل وإذا عمل شخص دون وكالة أصلاً بأن اختلس محالصة الدين وطهر فسي مواجهة المدين كوكيل عن الدائن في القبض، ففي جميع هذه الأحوال فإن من تعامل مع المبرر يظهر بمظهر يعطيه صفة أو تخوياً في إجراء التصرف ولكن هذا المظهر المادي للوكالة المتمثل باستمرار ظهور الوكيل الذي أنهت وكالته بصفته هذه أو بظهور شخص ما بمظهر

الوكيل رغم عدم وجود وكالة أصلاً تعطيه هذا الحق، لا بد أن يكون قوياً ووجيهاً حتى يخضع به الغير ويتعامل على أساسه ولذلك لا بد أن يكون هذا المظهر المادي للوكالة منسوباً إلى الموكل، أي ناشئاً عن خطئه وهو ما سنتناوله تالياً في البند الثاني.

ثانياً: أن يكون المظهر الخارجي للوكالة منسوباً إلى الموكل:

ويمكن نسبة المظهر الخارجي للموكل بأن يكون قد ساهم بخطئه سلباً إيجاباً في خلق المظهر الخارجي المادي للوكالة. وبعد هذا الشرط مهماً جداً وأساسياً في نشوء الركن المادي للظاهر، حيث يضاف مع حسن نية الغير لحسم التنازع لمصلحة الغير في مواجهة الأصل، حيث أن تحقق الركن المادي للظاهر المنسوب للأصيل من شأنه أن يجعل الغير معذوراً في اعتقاده أن هناك وكالة قائمة، وفي الجهة المقابلة فإن انتفاء الخطأ في جانب الأصل من شأنه أن يجعله في حل من آثار تصرفات وقعت خارج حدود إرادته ولم يساهم في نشوئها بأي خطأ منه. وباستثناء قلة من الشراح لا يرون ضرورة لأن يكون المظهر الخارجي منسوباً إلى خطأ الموكل^(١)، فإن الغالبية العظمى من الفقه متفقة على ضرورة توافر الخطأ في جانب الموكل - على نحو يؤدي إلى خلق المظهر المادي للوكالة - حتى يمكن مساءلته والاحتجاج في مواجهته عن آثار التصرفات التي أجزاها الغير مع الوكيل للظاهر^(٢).

(١) في هذا الاتجاه عبدالباسط الجميحي، المرجع السابق، ص ٦٥-٦٧. وعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٤٧. ويرى الأستاذان الجميحي وجمعة أن السبب في حملية الغير هو وجود المظهر وأن إزام الموكل بعمل وكيله مرده قيام مظهر مادي للوكالة من الناحية الواقعية فينبغي أن تتولد عنه بالنسبة للغير حسن النية نفس الآثار التي كانت ستولد عن الوكالة الحقيقية، ومن الفقه الفرنسي الفقيه بلايول، الذي ينكر - معكراً الخطأ، ويرى أن إزام الموكل بآثار التصرف الذي أجزاها الوكيل الظاهر يستند إلى فكرة العصانة، مشار لرأيه لدى عبدالباسط الجميحي، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٢) يمثل هذا الاتجاه الغالب عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٧، المرجع السابق، ص ٦١٠. وفي هذا الصدد يقول "إن هذا الشرط هو الذي يميز الوكالة الظاهرة ويحدد الأساس القانوني الذي تقوم عليه" وجمال مرسى بدر، المرجع السابق، ص ٢٧٨. وأنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٠. وتوفيق حسن -

والأهمية نسبة نشوء الركن المادي للوكالة الظاهرة إلى خطأ الأصل فإن بعض التشريعات اشترطت صراحة خطأ الموكل (الأصل) كأساس لإلزامه بتصرفات الوكيل الظاهرة ذلك ما نصت عليه المادة (١١) من قانون الوكالة السوداني تكون السلطة ظاهرة إذا خلق الأصل بقوله أو بسلوكة أو سمح بخلق مطهر يفهم منه أن لشخص ما السلطة في العمل نيابة عنه ولم تكن لذلك الشخص سلطة، وتعامل الطرف الآخر مع ذلك الشخص بصفته وكيلًا اعتماداً على ذلك المظهر.

كما أن الاجتهادات القضائية تسير في وجهة واحدة في هذا الشأن، فبالنسبة للقضاء المصري فإنه بصنور حكم محكمة النقض المصرية الشهير عام ١٩٨٦ والذي حدد موجبات إعمال نظرية الأوضاع الظاهرة ومن ضمنها لزوم أن يكون الركن المادي للظاهر ناشئاً عن خطأ الأصل سلباً لم إيجاباً، فإن جميع الأحكام التي تلتها تسير في هذه الوجهة^(١).

وكذلك الأمر بالنسبة لقضاء محكمة التمييز، حيث يبدو اشتراط نسبة نشوء المطهر الخارجي إلى الأصل واضحاً في العديد من أحكامها، ومن ذلك الحكم الصادر عام (١٩٩٢) والذي جاء فيه: "لا ينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل إذا تم بدون وكالة حتى لو كان للغير حسن النية عملاً بالمادة (٨٣٣) من القانون المدني، إلا أن المطهر الخارجي المنسوب

شرح، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١١٣. وحسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ١٩٨٠، الجزء التاسع والأربعون، ص ١٦٩ وما بعدها. ومن الفقه الفرنسي الفقيه ديمو (Demoge)، مشار إليه لدى جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص ٢٦٨، والفقيه الفرنسي جيرو (Jero)، والذي أضاف إلى فكرة خطأ الموكل كأساس لصاية الغير حسن النية فكرة الاستقرار، مشار إليه لدى عبدالباسط الجبلي، المرجع السابق، ص ٦٣، كما أن الفقه الأمريكي في مجموعه يعيم قاعدة الوكالة الظاهرة على -أسس ثلاثة يبرز خطأ الأصل كأحدها، انظر في تفصيل ذلك: جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص ٦١٠.

(١) نقض مدني مصري رقم ١٩٧٤ تاريخ ٨٩/١٢/٢٨، ونقض مدني مصري رقم ٢٣٢٣ تاريخ ١٩٩١/١١/٢٤، ونقض مدني مصري رقم ٣٨٨ تاريخ ١٩٩٢/١/٢٠، سالف الإشارة إليها جميعاً.

للموكل يكون من شأنه أن يدفع للغير حسن النية إلى الوقوع في وهم وجود وكالة ويتعاقد مع الوكيل تحت تأثير هذا الوهم^(١).

ولخطأ الموكل صور تختلف باختلاف حالة الوكالة الطاهرة، ففي حالة انقضاء الوكالة فإن خطأ الموكل قد يتمثل بعدم اتحاده الاحتياطات الكافية لإعلام الناس بانتهاء الوكالة، لأن سبب انتهاء الوكالة أمراً يخفى على الناس، فمن الطبيعي أن يخفى على الغير، فمثلاً لو انتهت الوكالة لوفاء الموكل أو لفقدانه أهليته، فإن على ورثة الموكل أن يبادروا إلى إعلام الكافة بما فيهم الوكيل بوفاء الموكل أو بفقدانه أهليته. وعدم قيامه بهذا الأمر يعد خطأ موجباً للمسؤولية باعتبارهم حلفاء عاماً للموكل، كما يعد للموكل محطناً إذا عزل الوكيل ولم يبادر إلى إعلام الناس بهذا العزل أو إذا لم يبادر إلى سحب سند الوكالة من الوكيل بعد عزله أو إذا لم يبادر إلى سحب الشارات التي تدل على وكالته^(٢). كما يتحقق الخطأ في جانب الموكل إذا لم يحدد إطاراً زمنياً تنقضي به الوكالة، فترك الوكيل حراً في إجراء للتصرفات دون تقيده بزمان فلا يسوغ له بعد ذلك أن يحتج بانتهاء الوكالة لانتهاء مدتها حيث يتوجب عليه إفهام الوكيل وبالتحديد في سند الوكالة المدة الزمنية التي تنتهي بها مدته، بيد أن هناك حالات لانتهاء الوكالة لا يمكن فيها تصور خطأ الأصل وذلك إذا ما تعلق الأمر بانتهاء الوكالة لأي سبب من الأسباب العائدة للوكيل كما أو تنحى أو مات أو فقد أهليته، أو بالوكالة ذاتها كما لو انتهى موضوعها أو الغرض منها، والسبب في ذلك يعود إلى ما أشرنا إليه سابقاً من أن حسن النية مشروط في الوكيل كما هو مشروط في الغير حتى يمكن إسباغ الحماية على الغير، ولذلك فإن انتهاء الوكالة لأي من

(١) تمييز حقوق رقم ٩٢/٥٦٣ مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية، إعداد المحامي إبراهيم أبو رحمة، المرجع السابق، ص ٢٠٥٩. وتمييز حقوق رقم ٩١/١٢٤٥، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٤، ص ٢٢٩.

(٢) عدنان السرحان، المرجع السابق، ص ١٦٤.

الأسباب العائدة للوكيل أو لانتهاء موضوع الوكالة يقدح في حسن نية الوكيل، فلا يعود مجدياً بعد ذلك البحث عن خطأ الموكل. ولذلك فإن انتهاء الوكالة لانتهاء موضوعها أو لأي من الأسباب المتعلقة بالوكيل يصلح ركناً مادياً للوكالة الظاهرة في ظل القوانين التي لم تشترط حسن نية الوكيل إلى جانب حسن نية الغير كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني العراقي وقانون الوكالة السوداني^(١).

أما في حالة انعدام الوكالة فإن تطبيق فكرة الوكالة الظاهرة يجب أن يقتصر على الأوضاع التي تكون فيها الظروف الموهمة بموجب الوكالة من فعل الأصيل أو أن يكون سكوته مع علمه قد أسهم في تولد القناعة لدى الغير بوجود الوكالة. وقد سبق لنا أن أوصحنا أن الفقه والقضاء متفقان على أن أساس إرام الأصيل بالآثار الناشئة عن الوكالة المنعقدة في جميع مظاهرها وحالاتها هو خطأ الأصيل ذاته. وخطأ الموكل الأصيل يأخذ معنى واسعاً، فيعد الأصيل مخطئاً إذا كان نشاطه إيجابياً كما لو خلق بقوله أو بسلوكه مظهراً يفهم منه أن لشخص ما السلطة أو التحويل في التصرف أو العمل. وقد يكون موقف الأصيل السلبي مؤدياً إلى خلق المظهر ويكون ذلك بسماعه بخلق المظهر الناشئ عن سكوته عن مباشرة شخص مزايا ومكانات مركز ليس له مع علمه بأن موقفه السلبي من شأنه أن يؤدي إلى الانخداع في صفة شاغل المركز. وينسحب هذا التصور لخطأ الأصيل على التطبيق التشريعي لحالة انعدام الوكالة المنصوص عليه في المادة (٣٢٠)، فيعد وفاة المدين صحيحاً لمن تقدم له بمخالصة صادرة عن الدائن، إذا كان نشوء مظهر الوكالة في تحصيل الدين يمكن نسبته إلى الدائن. وخطأ الدائن (الأصيل) في هذه الحالة يمكن أن يتمثل بإهماله أو تقصيره في المحافظة على مخالصة الدين أو

(١) راجع المادتين ٩٤٨ مدني عراقي و ١١ من قانون الوكالة السوداني.

المستندات المثبتة له^(١) وإذا لم ينسب للأصيل إهمال أو تقصير في حفظ محالصة الدين أو المستندات المثبتة له فإن خطأه قد يتمثل في عدم مبادرته إلى إطلاع المدين على فقدانه مخالصة الدين^(٢).

وإذا كان خطأ الأصيل في هذه الحالة من حالات الوكالة المنعومة ليس سهلاً إقامة الدليل عليه فإن ذلك لا يعني إلغاؤه وبالتالي بتوجب اشتراطه لأجل التثبت من حسن نية العير وهو ما يقودنا إلى القول إن الأصيل في معرض نفيه لحسن نية الغير قد يثبت انتفاء الخطأ في جانبه وهذا ما يقودنا أيضاً إلى القول بأن الخطأ وإن كان مشروطاً للحماية فإنه ليس كافياً لإسباغها بل لا بد من توافر حسن النية لدى الغير وهو ما يفرض على الغير ضرورة التحرر والتثبت من صفة من يتعامل معه، كالذي قدم له مخالصة الدين. فالأمر متداخلة مع بعضها البعض، غير أن ما يتوجب فهمه والتأسييس عليه هو أن خطأ الأصيل أمر لا بد منه لقيام المظهر الخادع وأي قول بخلاف ذلك فإنه يحاكي العدالة التي من مرتكزاتها أن لا يستتب حق أحد دون مبرر وجيه وقوي.

الفرع الثاني

توافر الركن المعنوي

يقضي الأمر تحديد هذا العنصر تحديداً دقيقاً وواضحاً، لأن حسن النية الواجب توافره في العير ينهض سبباً وجيهاً لإلزام الأصيل بأثار تصرفات وقعت خارج حدود إرادته. ومقتضى حسن النية في هذا المظهر من مظاهر الحماية هو عدم علم العير للقطعي بالصفة الحقيقية للمتصرف معه، واعتقاده اليقيني بأنه يتعامل مع شخص له سلطة إجراء

(١) عبدالباسط الجموعي، المرجع السابق، ص ٥٨. وعمان جمعة، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٢) عبدالباسط الجموعي، المرجع السابق، ص ٥٩.

التصرف، وهذا الجهل بحقيقة المتصرف معه ما شئ عن الجهل بانقضاء الوكالة أو انعدامها وهو ما عبر عنه المشرع المدني في المادة (١١٤) مدني والتي تنص "إذا كان النائب ومن تعاقد معه بجهلان وقت إبرام التصرف...".

وعدم العلم أيضاً يقتضي أن لا يكون في وسع العير العلم بانعدام صفة المتصرف معه في إبراء التصرف وهو ما يعرف بعدم إمكانية العلم^(١)، فلا يجوز للعير أن يتدرع بعدم علمه بانقضاء الوكالة أو انعدامها إذا كان في وسعه واستطاعته أن يتثبت من ذلك، فإذا أثبت الأصل أن العير كان بوسعه العلم بحقيقة صفة المتصرف معه اعتبر العير تبعاً لذلك مقصراً ومهملاً في استطلاع حقيقة الأمر، وانتقل عبء الإثبات إليه فيتعين عليه عندئذ أن يثبت عدم تقصيره وإهماله، ولا سبيل لدفع التقصير والإهمال من جانبه إلا بإثبات أنه بدل ما في وسعه للتحقق من حقيقة الوكالة أو من حقيقة صفة الوكيل، والمعيار المتبع في هذا الشأن هو معيار الرجل المعتاد إذا وجد في مثل ظروف الغير، فإذا ثبت أن العير لم يتوسع في البحث والتحري واكتفى بجهد أدنى من الجهد الذي يبذله الرجل المعتاد في مثل ظروفه، عد بذلك سيئ النية^(٢)، وتبعاً لذلك يعد الغير مقصراً في استطلاع الحقيقة إذا لم يتثبت من سند الوكالة للوقوف على نطاقها الرسمي أو عدم التثبت من صفة الشخص الذي يتقدم إليه بمخالصة صادرة عن الدائن.

وحسن النية المستند إلى عدم علم العير بحقيقة الوكالة أو بحقيقة صفة المتصرف معه أمر مفترض في العير، فلا يكلف بإثباته وعلى من يدعي عكس ذلك وهو في هذه الحالة الأصليل

(١) عبدالباسط الجميبي، المرجع السابق، ص ٤٦.

(٢) سعودي سرحان، المرجع السابق، ص ٢٠٥. وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصري بأن حسن نية لدى العير يقتضي انتفاء أي خطأ أو تقصير من قبل الغير في استطلاع الحقيقة، نقض مني مصري رقم ١٥٦ صدر بتاريخ ١٩٦٩/٤/٨ مشار إليه لدى معوض عبدالنواب، المرجع في التعليق على نصوص لقانون المدني، الطبعة الرابعة، الجزء الأول، ص ٣٠٨.

إثبات ما يدعيه^(١). وبرى بعض الفقه^(٢) خلاف ذلك، ويعتقدون بأن حسن النية أمر غير مفترض في الغير الذي تعامل مع الوكيل الطاهر وأن المفترض هو علم الغير بانقضاء الوكالة أو انعدامها وبالتالي فإن الغير هو الذي يقع عليه بحث إثبات حسن نيته، ويرتكز هذا الجانب من الفقه على أن الحماية المقررة للغير استثنائية ولها تتعارض مع قواعد المطلق القانوني وهو ما يفرض لى من يرغب بالتمسك بميزة قانونية استثنائية أن يثبت أنه في مركز يسمح له بذلك. كما أن بعض العروص العملية قد يصعب معها افتراض حسن نية الغير ابتداءً، وهي للفروض التي تنطوي على إمكانية العلم بالعيب الذي يشوب التصرف المراد التمسك به، كما لو كان الغير قد سبق له التعامل مع الموكل أو سبق له العمل معه أو كما لو كان من ذوي الخبرة في إجراء مثل التصرف المراد التمسك به.

وبرأيها فإن افتراض حسن النية لدى الغير لا يخل بحقوق الأصيل، فالغير يقع عليه عبء إثبات المظهر الخارجي للوكالة وخطأ الموكل، فإذا كان الأمر كذلك فلا لئ من لى تعفيه من إثبات حسن نيته.

وحسن النية لا بد من توافره وقت إبرام التصرف وهو ما عبرت عنه المادة (١١٤) مدني، ولذلك فإن علم الغير بانقضاء النيابة أو انعدامها بعد إبرام التصرف لا ينزع عنه حسن النية ويظل مستفيداً من الحماية المقررة له في هذا الخصوص.

ويجب أن يكون حسن نية للغير المتعامل مع الوكيل الطاهر مستنداً إلى غلط معقول، وهو الذي يؤدي إلى خداع الغير، رغم وعيه وحسن إدراكه بالمظاهر التي أحاطت بالوكيل الطاهر، وذلك بأن يكون اعتقاد الغير المغلوط له ما يبرره عقلاً بأن يكون ناشئاً عن صعوبة معرفة وجه

(١) محسن النيه، المرجع السابق، ص ٧٥. وسعودي سرحان، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٢) السهوري، الوسيط، ج ٧، المرجع السابق، ص ٦٠٧.

عدم مشروعية الصفة القانونية للوكيل الظاهر، وذلك بأن يعتقد خلافاً للحقيقة بأنه يتعامل مع وكيل حقيقي له سند قانوني في إجراء التصرفات نيابة عن الأصيل. كما أن هذا الغلط يجب أن يكون شائعاً بأن لا يقتصر على فئة محدودة، فالغلط المعتقد به لتبرير حسن نية الغير هو ما يكون على درجة من المعقولية والقوة والخداع بحيث يكفي توافره لانخداع كل من يقع في ظروف للغير، والوقوع في الغلط يقاس بمعيار الرجل المعتاد، فيكون الغلط معقولاً وشائعاً إذا كان من شأنه أن يخدع كل من يماثل للغير في حيطة وحذره وذكائه^(١).

وغني عن البيان أن قوة الغلط ودرجة خداعه ترتبط بقوة الركن المادي للظاهر، فالغلط يكون مبرراً وشائعاً إذا استند إلى ظاهر قوي مقنع، أما الغلط الأحمق أو غير المبرر الذي لا يستند إلى ظاهر معقول فلا يعول عليه في استخلاص حسن نية الغير، لأنه لا يتولد في أذهان المهملين أو الغافلين رغم وضوح انعدام صفة الوكيل أو سهولة وضوحها إذا روعي قدر من الحيطة أو عدم كفاية المظاهر المحيطة بالوكيل، والغلط ليس مفترصاً كحسن النية وإنما يقع على من يدعيه عبء إثباته^(٢).

وبصفة عامة فإن الغلط في صفة الوكيل يرتبط بحسن النية ارتباطاً كاملاً ويتم استخلاصه من خلال التحقق من حسن نية الغير. وقد قضت محكمة التمييز بضرورة أن يكون حسن نية الغير ناشئاً عن الغلط في صفة الوكيل وقد عبرت عنه بالوهم حيث جاء في حكم لها "لا ينصرف لئلا تصرف الوكيل إلى الموكل إذا تم بدون وكالة حتى لو كان الغير حسن النية عملاً بالمادة ٨٣٣ من القانون المدني، إلا أن المظهر الخارجي المنسوب للموكل يكون من شأنه أن

(١) محسن البني، المرجع السابق، ص ٦٦. وماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٢) ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٦٧. والسدهوري، المرجع السابق، ص ٦١٢ هامش رقم ٤.

ومحسن البني، المرجع السابق، ص ٧٨.

يدفع العير حسن النية إلى الوقوع في وهم وجود وكالة ويتعاقد مع الوكيل تحت تأثير هذا الوهم، عندها تتصرف آثار هذا العقد إلى الموكل^(١).

وإذا ما اكتملت الشروط السابقة جميعها قامت الوكالة الظاهرة بحيث يترتب على قيامها ما يترتب على قيام الوكالة الحقيقية فيما بين الوكيل والعير، فيصرف أثر التصرف الذي أجراه الوكيل للظاهر مع العير من حقوق والتزامات إلى الموكل كما لو كانت هناك وكالة حقيقية^(٢).

(١) تمييز حقوق سالف الإشارة إليه ص ١٣٣.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج ٧، المرجع السابق، ص ٦١٣. وجمال مرمي بدر، المرجع السابق، ص ٢٥٩.

المبحث الثاني

الملكية الظاهرة

يقصد بالملكية الظاهرة تلك المستندة إما إلى تصرف حقيقي من شأنه أن ينقل الملكية ولكنه زال بأثر رجعي لبطلان أو فسخ^(١) أو إلى سيطرة مادية من شأنها أن تظهر شخصاً ما أمام الناس كافة بمظهر المالك للحال الواقع تحت سيطرته المادية.

وسواء استندت الملكية إلى تصرف لحقه البطلان أو الفسخ أو إلى سيطرة مادية، فمن شأن ذلك أن يظهر شخصاً ما بمظهر المالك خلافاً للحقيقة مما يدعو الآخرين إلى التعامل معه تحت تأثير الاعتقاد المتولد لديهم بملكيتهم لموضوع التصرف. ويمكن القول بصفة عامة أن الملكية الظاهرة تعد ل نطاق الأوسع لحماية العير حسن النية، وفي إطار معالجتها تعددت الاجتهادات القضائية، وبالتحديد في القضاء المقارن، إلى أن انتهت إلى اعتبار نظرية الأوضاع الظاهرة واجبة الأعمال لحماية العير حسن النية متى توافرت موجبات أعمالها وشرائط تطبيقها، دون الحاجة لوجود نص تشريعي يقرها^(٢).

(١) محمد وحيد الدين موار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٦٧٢. ونعسان جمعة، المرجع السابق، ص ٩٣. ومنصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، ١٩٦٥، مكتبة عبد الله وهبة، ص ٤٢٠. ومحمد طه البشير، المرجع السابق، ص ٥٦.

(٢) مقص مدني مصري رقم ٨٢٦ تاريخ ١٦/٢/١٩٨٦ سالف الإشارة إليه. وتبدو أهمية هذا الحكم الصادر عن دوائر محكمة النقض المصرية مجتمعة في أنه يحول دور ترتيب آثار البطلان بالنسبة للتصرفات التي يقوم بها المالك الظاهر الذي يبطل سند ملكيته إذا ما نشأ عنه إصرار بالعير حسن النية، ولعل أغلب تطبيقات هذا الحكم تنحصر في حماية المتعاقدين حسن النية في حالة أعمال الإدارة التي يقوم بها المالك الظاهر، إذ تظل أعمال الإدارة التي تصدر منه قائمة لا تزول رغم الحكم بالبطلان، فلو قام المالك الظاهر بعمل من أعمال الإدارة كالإيجار ثم حكم ببطلان ملكيته، ظل حق المسنجر قائماً في مواجهة المالك -

وعلى الرغم من تعدد مظاهر حماية الغير حسن النية في إطار الملكية الظاهرة في القوانين المدنية المقارنة، فإن المشرع الأردني اقتصر على مطهرين لحماية الغير حسن النية إذا ما أجرى تصرفاً مع المالك الظاهر، أو لهما يتعلق بحماية حائز العقار أو المنقول بحسن نية، وثانيهما يتعلق بحماية الغير حسن النية الذي إذا ما أجرى تصرفاً مع المشتري للمريض مرض الموت كسب بمقتضاه حقاً في عين المبيع لقاء عوض. وسوف نتناول هذين المطهرين تباعاً عبر المطالبين الآتيين.

المطلب الأول

حماية الحائز للعقار أو المنقول بحسن نية

وقد عالجته هذه الحماية المواد (١١٨٢) بفقرتيها^(١) و(١١٨٩)^(٢) بفقرتيها و(١١٩٠)^(٣) حيث نصت المادة (١/١١٨٢) "إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقتربت الحيازة بحسن نية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات، ٢- والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل التالية: أ) الاستيلاء على الأرض الموات، ب) انتقال الملك بالإرث أو الوصية، ج) الهبة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض، د) الفراغ أو البيع الرسمي أو العادي" في حين نصت المادة (١/١١٨٩) "لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية".

"الذي استقرت له الملكية بعد الحكم بالبطلان بشرط ثبوت تاريخ الإيجار قبل صدور الحكم ببطلان سند ملكية المالك الظاهر.

- (١) تقابل المواد ٩٦٩ مدني مصري و ٩١٨ مدني سوري و ١١٥٨ مدني عراقي.
- (٢) تقابل المواد ٩٧٦ مدني مصري و ٩٢٧ مدني سوري و ١/١١٦٣ مدني عراقي.
- (٣) تقابل المواد ٩٧٧ مدني مصري و ٩٢٨ مدني سوري و ٢/١١٦٣ مدني عراقي.

٢- "وتقوم الحيازة بداتها قربة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك" ونصت المادة (١١٩٠) "لستثناء من أحكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو للسند لحامله إذا كان قد فقده أو سرق منه أو غصب أن يسترده ممن حازه بحسن نية خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقده أو سرقة أو غصبه".

ويتضح لنا من خلال هذه النصوص أن المشرع المدني قد بسط حمايته على الغير الحائز للعقار أو المنقول بحسن نية. وتفرق هذه الحماية في مضمونها في العقار عنه في المنقول فسي حين تتحد شروط الحماية في الحالتين مع وجود بعض الفروقات البسيطة والتي سنشير إليها في مواضعها، وعليه فسوف نبحت في مضمون حماية الغير حسن النية في النوع الأول ثم نبحت شروط الحماية بصورة عامة دون تفرقة بين العقار أو المنقول مع الإشارة لبعض الاختلافات.

الفرع الأول

مضمون حماية الحائز حسن نية

أولاً: المضمون المباشر للحماية:

إن جوهر مضمون حماية الغير الحائز للعقار أو المنقول يتمثل في الاعتراف بالتصرف الذي حاز بموجبه الغير للعقار أو المنقول على الرغم من عدم صدوره من المالك الحقيقي. فالأصل أن التصرف في ملك الغير غير نافذ في موجهته ولكن اعتبارات حسن النية وحماية الأوضاع الظاهرة دفعت المشرع إلى الخروج من هذا الأصل والحكم بتصحيح التصرف فيما بين الغير حسن النية والمالك الظاهر للعقار أو المنقول. ولما كان الأمر كذلك فينبغي عدم الخلط بين هذا المضمون الجوهري وبين ما يسفر عنه من اكتساب ملكية العقار بالنقادم القصير والمنقول بأثر فوري عملاً بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ذلك أن اكتساب ملكية العقار أو المنقول لا يتحقق دون الاعتراف مسبقاً بالتصرف الذي حاز بموجبه الغير العقار أو المنقول،

وإذا كان هذا التمييز واضحاً في حالة العقار حيث يتراعى اكتساب الغير حسن النية ملكية العقار إلى ما بعد انقضاء مدة التقادم القصير فإنه لا يبدو كذلك في حالة المنقول حيث أن اكتساب ملكية المنقول بأثر فوري وبمجرد تحقق الشروط المطلوبة والتي هي ذاتها المطلوبة لتصحيح التصرف فيما بين الغير حسن النية والمالك الظاهر للمنقول.

والأمر بنظرنا لا يبدو معقداً أو إشكالياً، فمضمون الحماية الحقيقي هو تصحيح التصرف أي اعتبار التصرف فيما بين الغير حسن النية والمالك الظاهر صحيحاً وما اكتساب ملكية المنقول إلا أثر تابع له. وعليه فإن التحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في المادة (١١٨٩) والمتعلقة باستناد الحيازة إلى سبب صحيح وحسن نية، يهدف إلى بيان فيما إذا كان الغير أهلاً للحماية أم لا، فإن كان أهلاً للحماية تم الاعتراف بصحة تصرفه مع المالك الظاهر، ويتبع ذلك اعتبار حيزته للمنقول قرينة على ملكيته له، وإن لم يكن كذلك بأن لم يتحقق فيه الشروط الواجب توافرها عملاً بالمادة (١١٨٩) تعدر بالتالي تصحيح تصرفه فلا يجوز له الاحتجاج به في مواجهة المالك الحقيقي.

وحماية الغير حسن النية بمضمونها المباشر في اعتبار التصرف الصادر من غير مالك للغير صحيحاً، لا تتحقق إلا إذا توافر في كل من العقار والمنقول شروطاً معينة. فمن حيث العقار فيشترط فيه أن يكون مملوكاً ملكية خاصة حتى لو على الشيوع وألا يكون مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٨٢) "إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجلاً في دائرة التسجيل واقتترنت الحيازة بحسن نية...". وعليه ذلك أن العقار التي سجلت في دائرة التسجيل العقاري لا يجوز كسب ملكيتها بالحيازة إطلاقاً. وعليه فلا يتصور قيام الملكية الظاهرة على هذا النوع من العقارات إطلاقاً لأن لا مجال لنقل ملكيتها إلا بتسجيلها في دائرة التسجيل المختصة، وبالإضافة للعقارات المسجلة فإن

الأراضي التي تمت التسوية فيها لا يجوز الادعاء باكتساب ملكيتها بالحيازة المقترنة بحسن نية والمستندة إلى سبب صحيح حيث نصت المادة للحاممة من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (٥١) لسنة (١٩٥٨) على أنه "لا تسري مدة مرور الزمن على الأموال غير المنقولة التي تمت التسوية فيها" وعلى ذلك جرى قضاء محكمة التمييز حيث جاء في حكم حديث لها "... أن حق الملك في الأرض التي تمت فيها التسوية لا يسقط بأي نوع من أنواع التقادم الممقط والمكسب"^(١)، كما لا يدخل في نطاق المضمون المباشر للحماية تصرفات العبر حسن النية للوردة على العقارات المملوكة للدولة (الأراضي الأميرية) أو الهيئات العامة التابعة لها وكذلك أموال وعقارات الأوقاف الخيرية والعقارات المتروكة أو المحمية أو كسب أي حق عيني عليها^(٢).

وعلى هذا جرى المشرعان العراقي والسوري حيث يستفاد من المادتين (٢/١١٥٨) عراقي و(٩١٨) مدني سوري بأن الحيازة الواقعة على العقارات أو الحقوق العينية غير المسجلة في دائرة الطابو (التسجيل) وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات.

كما أتى المشرع السوري بنص صريح يحول دون اكتساب ملكية العقار بالتقادم إذا كان مسجلاً حيث نصت المادة (٩٢٥) مدني سوري على أنه "لا يسري التقادم على الحقوق المقيدة في السجل العقاري".

أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يشترط لإمكانية كسب ملكية العقار أو أي حق عيني عليه بالتقادم القصير أن يكون العقار أو الحق العيني غير مسجل في دائرة التسجيل وعلى ذلك

(١) تمييز حقوق رقم ٨٥/٧١٢ تاريخ ٨٦/١/٦، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٨، ص ٢٨٧.

(٢) انظر المادة ١١٨٣ مدني.

نصت المادة (٩٦٩) مدني مصري على أنه "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية، ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات" إلا أن هذا الحكم لا يعدو كونه ظاهرياً، فمن حيث الواقع الفعلي فإن قانون السجل العيني لا يحيز اكتساب الحقوق العينية العقارية الأصلية بالحيازة المقترنة بالتقادم المكسب على خلاف ما هو ثابت في السجل العيني.

حيث تنص المادة (٣٧) من قانون السجل العيني "يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه" فلا يجوز بالتالي التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل^(١).

أما من حيث المنقول فيتعذر على الغير حسن النية الادعاء بصحة تصرفه إذا ما نازعه المالك الحقيقي فيما اكتسبه من حق عيني على المنقول إذا كان هذا المنقول من طائفة المنقولات التي لا تسري عليها قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. وتشمل هذه الطائفة المنقولات غير المادية كحق المؤلف في مؤلفاته العلمية وحق الفنان في مبتكراته ومستندات الديون، والأوراق التجارية^(٢)، ويستثنى من ذلك السند لحامله الذي يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز لأن الدين الثابت فيه يندمج في السند ذاته وينقل بالتسليم، كما هو الحال في المنقول المادي وهذا استثناء منصوص عليه في المادة (١١٨٩) مدني. كما تشمل هذه الطائفة المنقولات المادية التي لا تنتقل ملكيتها إلا بالتسجيل كالسيارات والسفن والطائرات لأن من شأن نظام التسجيل أن يمكن المتعامل في هذه المنقولات من معرفة المالك الحقيقي^(٣). وكذلك المنقولات غير القابلة للحيازة على أفراد وهي المنقولات

(١) راجع ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ١٧٧.

(٢) انظر: محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٦٩٠.

(٣) علي حادي السيدي، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٩، ص ٢٢٤.

المكونة لمجموعة قانونية كالتركة أو مجموعة واقعية كالعمل التجاري فهذه المنقولات لا تصلح في جملتها لأن تكون محلاً للحيازة، إنما يصح لمنقول معين منها على وجه الانفراد أن يكون محلاً للحيازة^(١).

وما دما في نطاق المنقول فإن التساؤل يثور هل يدخل في نطاق المضمون المباشر للحماية بالمعنى المتقدم، التصرفات المكسبة العير حقاً عينياً على المنقول المادي أو السند لحامله المسروق أو المغصوب أو الضائع.

لقد عالج المشرع الأردني هذه الحالة في المادة (١١٩٠) حيث نصت المادة المذكورة على أنه "استثناء من أحكام المادة السابقة، يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد فقده أو سرق منه أو غصب أن يسترده ممن حازه بحسن نية خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقده أو سرقاته أو غصبه وتسري على الرد أحكام المنقول المعصوب.

يتضح من خلال هذا النص أن العير الذي أجرى تصرف موضوعه المنقول المسروق أو المغصوب أو المفقود لا يكتسب ملكيته أو الحق العيني عليه بأثر فوري، بل يتراخى ذلك إلى ما بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ فقده أو سرقاته أو غصبه، ولما كان الفقه المدني قد استقر على أن مدة الثلاث سنوات هي مدة سقوط حق المالك الحقيقي في استرداد منقوله وليست مدة تقادم^(٢) فإنه يمكن القول استناداً إلى ذلك بأن تصرف العير حسن النية الذي حاز بمقتضاه المنقول المسروق أو المغصوب أو المفقود هو تصرف صحيح ولكن آثاره تتراخى إلى ما بعد انقضاء مدة الثلاث سنوات، وهذا التراخي يبطئ على مراعاة لجانب المالك.

(١) محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٦٩١.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٧٠١. وحسن كيده، المرجع

السابق، ص ٥١٦.

ثانياً: المضمون غير المباشر للحماية:

ويمكن هذا المضمون في اكتساب الغير حسن النية ملكية العقار أو المنقول أو أي حق عيني عليهما. وتبين من خلال ما تقدم من نصوص أن هذا المضمون يختلف في العقار عنه في المنقول، فمن حيث العقار فإن الغير حسن النية لا يكتسب ملكية العقار أو أي حق عيني عليه إلا بعد مضي مدة التقادم المكسب القصير، وقد حددها المشرع الأردني في المادة (١١٨٢) مدني بسبع سنوات، فبعد انقضاء سبع سنوات يمتنع سماع دعوى المالك المقامة من المالك الحقيقي في مواجهة الغير الحائز بحسن نية، ويلاحظ أن مسلك المشرع الأردني في هذا الخصوص يختلف عن مسلك المشرع المصري والسوري والعراقي، إذ أن مدة التقادم المكسبة بملكية العقار أو أي حق عيني عليه في هذه التشريعات هي خمس سنوات إذا ما اقترنت الحيابة بحسن نية استندت إلى سبب صحيح^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن كسب الحائز للحق يكون بأثر رجعي يستند إلى بدء مدة التقادم^(٢)، وإذا تم التمسك بالتقادم فإن المحكمة تمتنع عن سماع الدعوى وبذلك يكسب الغير الحائز الحق كل الحيابة، ولكن إذا كان الشيء محل الحيابة متقلاً بتكاليف عينية كالرهن أو حق انتفاع مقرر للغير عليه فإن كسب ملكية الشيء بالتقادم لا يؤدي إلى زوال هذه التكاليف، إذ ليس للتقادم المكسب أثر مسقط، ما لم تسقط هذه التكاليف بصورة مستقلة^(٣).

لما من حيث المنقول فإن الأصل أن الغير حسن النية وبمقتضى قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز يكتسب ملكية المنقول أو أي حق عيني أصلي على بأثر فوري بمجرد تحقق الشروط

(١) انظر: المولد ٩٦٩ مصري و ٩١٨ سوري و ١/١١٥٨ عراقي.

(٢) انظر: علي المبيدي، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٣) انظر: علي المبيدي، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

واكتساب الغير حسن النية ملكية المنقول أو أي حق عيني عليه بأثر فوري مباشر لا يتحقق إلا إذا كان المنقول قد خرج من ماله الحقيقي باختياره، كما لو سلم المالك الحقيقي المنقول إلى شخص آخر على سبيل العارية أو اللوينة، فباعه هذا الأخير إلى الحائز (الغير حسن النية) ويلحق بها حالة الوراثة الظاهر، كما لو ورث شخص مالا منقولاً من شخص متوفى وقام ببيع هذا المال ثم ظهر بعد ذلك من يحجبه، فإن الوراثة الحقيقية وهو الذي حجب بائع المنقول، لا يمكن أن يدعي ملكية المنقول في مواجهة الغير حسن النية.

وقد اقتصر المشرع الأردني بصفة عامة على هذا الأثر في حماية الغير حسن النية وهو ما يسمى بالأثر المكسب، فمن حاز منقولاً بحسن نية وسبب صحيح لا تسمع عليه دعوى الملك أو الحق العيني ودون حاجة لمرور مدة معينة على حيازته^(٢).

في حين لم ينص على الأثر المسقط للتكاليف والقيود العينية على المنقول^(٣)، خلافاً لما ذهب إليه المشرعان المصري والسوري^(٤)، ولذلك فإن الغير حسن النية إذا ما كسب ملكية المنقول بموجب الأثر المكسب لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز فإن المنقول ينتقل إليه محملاً بكافة التكاليف والقيود المنقل بها، فمثلاً لو اشترى شخص منقولاً من غير ماله وكان

(١) راجع المادة ١١٨٩ منبى.

(٢) محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

(٣) بقصد بالأثر المسقط للحيازة أنه من حاز منقولاً بحسن نية وسبب صحيح معتقداً أنه حال من التكاليف العينية، كالحقوق العينية بتبعية والحقوق العينية الأصلية المقررة لغير كالشرط المانع من التصرف، فإنه يكتسب ملكية المنقول خالياً من التكاليف حتى لو كان مقللاً بها.

(٤) فقد نصت المادة ٢/٩٧٦ من القانون المدني المصري المقابلة للمادة ٢/٩٢٧ منبى سوري على أنه "إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتبار الشيء حالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكتسب الملكية خالصة منها" في حين جاء موقف المشرع العراقي مماثلًا لموقف المشرع الأردني فلم ينص على الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

هذا المنقول متقلاً بحق رهن، فإن هذا الرهن يظل ملازماً للمنقول وملتبساً به فيكسب الغير حسن النية للمنقول وهو متقل بالرهن إلا أن المشرع الأردني أورد تطبيقاً خاصاً للأثر المسقط يتعلق بحقوق الامتياز، فقد نصت المادة (١/٤٢٧) مدني على أنه "لا يؤثر الامتياز على حقوق حائز المنقول إذا كان حسن النية".

أما إذا كان المنقول المادي أو السند لحامله قد خرج من يد مالكه الحقيقي دون إرادة منه أو رضا كان سرق أو غصب أو فقد من الغير الذي آلت إليه حيازته نتيجة تصرف أجراه مع المالك الظاهر للمنقول، لا يكتسب ملكية أو أي حق عيني عليه إلا بعد مضي مدة ثلاث سنوات من تاريخ سرقة المنقول أو فقده أو غصبه، وهذا ما قصت به المادة (١/١١٩٠) مدني حيث تنص استثناءً من أحكام المادة السابقة "يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد فقده أو سرق منه أو غصب أن يسترده ممن حازه بحسن نية خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقده أو سرقته أو غصبه وتسري على الرد أحكام المنقول المغصوب".

وقد سبق القول أن مدة الثلاث سنوات المضروبة للمالك الحقيقي لاسترداد منقولة هي مدة سقوط حقه في استرداد المنقول وليست مدة تقادم مما يؤكد ما ذهبنا إليه من تحقق المضمون المباشر للحماية المتمثل في تصحيح التصرف الجاري بين المالك الظاهر للمنقول والغير حسن النية، كما أن إعطاء المالك الحقيقي مدة ثلاث سنوات لاسترداد منقوله من يد الحائز يقودنا إلى القول بأن انتقال ملكية المنقول أو الحق العيني عليه وإلى الغير الحائز بحسن نية يتراخي إلى ما بعد انقضاء الثلاث سنوات.

وظاهر أن المشرع إذ يرحى انتقال ملكية المنقول المسروق أو المفقود أو المغصوب إلى الغير حسن النية إلى ما بعد انقضاء ثلاث سنوات فإنه يراعي جانب المالك على اعتبار أن المنقول خرج منه دون إرادته ولذلك يتعين اعتبار خروج المنقول من حوزة مالكه دون إرادته

أو رضاه، ضابطاً لإمكانية استرداده خلال مدة الثلاث سنوات حتى لو كان في يد حائز حسن النية، وعليه فإن ثبوت خروج المنقول من حوزة مالكه بإرادته ورضاه يترتب عليه عدم إمكانية استرداد منقوله إذا كان في يد حائز حسن النية. ومن قبيل حالات الخروج الإرادي للمنقول فضلاً عما سبق ذكره، حالة انتقال المنقول إلى شخص آخر نتيجة وقوع المالك ضحية الاحتيال أو نتيجة لسوء أمانة من لودع لديه المنقول أو من وكل ببيعته^(١)، أو كما لو احتال شخص على آخر وحصل منه على منقول بطريق الاحتيال، ثم باع هذا المنقول لحائز حسن النية، ملك الحائز المنقول، ولا يجوز للمالك استرداده منه^(٢).

وفي حالة عدم تحقق المضمون غير المباشر للحماية سواء في حالة العقار أو المنقول، فإن المشرع الأردني لم يُعَدِّم الغير الحائز بحسن نية أي حماية، فبسط عليه الحماية في نواح عديدة، فمن الناحية الأولى فإن الغير الحائز بحسن نية إذا ما أخفق في تملك الشيء وقام برده إلى مالكه بسبب قيام هذا الأخير بقطع تقادمه للقصور للعقار أو استرداد منقوله، فإن الحائز يملك الثمار التي قبضها أثناء حيازته للشيء لقاء جهوده والمصاريف التي أنفقها من أجل الحصول على هذه الثمار. وعلى هذا نصت المادة (١١٩١) "يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الثمار والمنافع مدة حيازته"^(٣)، كما نصت المادة (١١٩٥) على أنه "إذا انتفع الحائز حسن النية بالشيء معتقداً أن ذلك من حقه فلا يلتزم لمن استحقه بمقابل هذا الانتفاع".

(١) انظر في ذلك: عبدالمعصم الصده، المرجع السابق، ص ٤٤٩. والسهوري، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص ١١٥٨. ومحمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٣٢٧. ويرى الدكتور سعيد مبارك أن خروج المنقول من يد مالكه نتيجة سوء أمانة المودع لديه أو الوكيل أو المستعير لا يحول دون قيام المالك الحقيقي باسترداد المنقول خلال مدة الثلاث سنوات. سعيد مبارك، الحقوق العينية الأصلية، ط ١، ١٩٧٣، دار الحرية للطباعة، بغداد، ص ٢٣٢.

(٢) السهوري، للمجلد التاسع، المرجع السابق، ص ١١٥٨.

(٣) تقابل المواد ٩٧٨ مدني مصري و ٩٢٩ مدني سوري و ١١٦٥ مدني عراقي. وانظر تفصيلاً لهذا الموضوع لدى: علي العبيدي، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

ويكون تملك الحائز حسن النية للثمار من يوم فصلها إذا كانت طبيعية أو صناعية أما إذا كانت ثماراً مدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوم، فمثلاً لو كانت الثمار عبارة عن محاصيل زراعية، فإن قبضها يتحقق من يوم فصلها عن الأرض من قبل الحائز. أما إذا كانت الثمار عبارة عن أجرة عقار فإنها تعتبر مقبوضة يوماً فيوم أي بالاستحقاق اليومي لها وإن لم يقبضها الحائز فعلاً.

ومن ناحية ثانية فإن الغير الحائز بحسن نية لا يكون مسؤولاً عما أصاب الشيء الذي حازه من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من تعويضات أو تأميمات ترتبت على هذا الهلاك أو التلف. وعلى ذلك نصت المادة (٢/١١٩٥) مدني "ولا يكون للحائز حسن النية مسؤولاً عما أصاب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من تعويضات أو تأميمات ترتبت على هذا الهلاك أو التلف، فالمشرع لا يحمل الغير الحائز بحسن نية أي مسؤولية عن الهلاك أو التلف وإن كان بتقصير منه، وذلك لأنه يحوز الشيء بحسن نية معتقداً أنه هو المالك، وبالتالي فهو يتصرف به تصرف المالك، أما للحائز سيئ النية فقد حمّله المشرع مسؤولية الهلاك أو التلف وإن كان قد حصل بسبب لا بد له فيه^(١).

وهذا الموقف ذاته لدى المشرع المصري والمصري^(٢) والعراقي وإن كان المشرع العراقي لم يفرد له نصاً صريحاً ولكنه يستتج من مفهوم المخالفة لنص المادة (١١٦٨) مدني عراقي والتي تنص (إذا كان الحائز سيئ النية، فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء لو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا أثبت أن الشيء كان بهلك أو يتلف ولو كان في يد من يستحقه).

(١) المادة ١١٩٦ مدني أردني. وانظر تفصيل ذلك سعيد مبارك، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٢) المادة ٢/٩٨٣ مدني مصري و ٢/٩٣٤ مدني سوري.

ومن الناحية الثالثة فإن العير الحائز بحسن نية الذي أدق مصروفات نافعة على الشيء طوال مدة حيازته يعامل معاملة المحدث حسن النية في أرض الغير^(١)، فيملك الشيء قياساً على المادة (١١٤١) مدني المتعلقة بالمحدث حسن النية والتي تنص "إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي فإن كانت قيمة للمحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك بثمن مثلها وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض أن يملكها بقيمتها قائمة".

ومن الناحية الرابعة، فإن العير الحائز بحسن نية للمنفول المسروق أو المعصوب المفقود له أن يحبس المنقول في يده وأن يمتنع عن تسليمه إلى ملكه الحقيقي حتى يقوم هذا الأخير بدفع الثمن الذي أداه للمالك الطاهر^(٢).

وتتخصر هذه الحماية في الحالة التي يكون فيها العير قد اشترى المنقول في سوق أو في مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله وقد نصت على ذلك المادة (٢/١١٩٠) "إذا كان من يوجد للشيء المسروق أو الضائع أو المعصوب في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو في مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه"^(٣).

(١) المادة ٢/١١٩٣ والتي تنص "أما المصروفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المادة ١١٤١ من هذا القانون" وتقابل المواد ٢/١١٦٧ مدني عراقي والتي عاملت الحائز حسن النية فيما يتعلق بالمصروفات النافعة معاملة اللبائي حسن النية وأحالت في ذلك للمادة ١١٢٠ مدني عراقي والمادة ٩٨٠ مدني مصري والتي أحالت للمادة ٩٢٥ لدات الغلبة السابقة والمادة ٢/٩٣١ مدني سوري والمادة ٢/١١٦٧ عراقي.

(٢) السنيهوري، التوسيط، المجلد التاسع، المرجع السابق، ص ١١٦٧.

(٣) تقابل المواد ٢/٩٧٧ مدني مصري و٢/٩٢٨ مدني سوري.

الفرع الثاني

شروط الحماية

لما كانت حماية الغير حسن النية في هذا المطهر من مظاهر الحماية تستند إلى نظرية الأوضاع الطاهرة - كما أوضحنا سابقاً - فيتعين تبعاً لذلك إدراج توافر ركني الظاهر المادي والمعنوي في إطار هذه الشروط. ولما كان الركن المعنوي يتضمن شرط حسن النية المنصوص عليه فلا يبقى من الشروط سوى أن تكون الحيازة مستندة إلى سبب صحيح، ويبيعي الإشارة إلى أن هذه الشروط يستلزمها تحقق المضمون المباشر للحماية المتمثل في تصحيح التصرف الذي تقرر بمقتضاه للغير حسن النية حقاً عينياً على الشيء "عقاراً كان أم منقولاً" أي اعتبار التصرف الذي لجراه الغير حسن النية مع غير المالك وتقرر له بمقتضاه حقاً عينياً تصرفاً صحيحاً كما لو أنه أجراه مع المالك الحقيقي^(١).

أولاً: تحقق الركن المادي الظاهر:

يتحقق الركن المادي للظاهر، بظهور المتصرف بالعقار أو المنقول بمظهر المالك، وذلك بأن تكون الأفعال الدالة على ذلك واضحة، بأن يكون ظاهراً أو في مكنته مباشرة كافة الأعمال المادية أو القانونية على العقار أو المنقول كما يباشرها صاحب الحق^(٢). ويتجلى ذلك بأن يجمع بين يديه كافة الميزات التي يوفرها حق الملكية للمالك الحقيقي، وذلك بأن يظهر أمام كافة قادراً على استعمال المال أو استغلاله أو التصرف فيه على نحو يعتقد معه للغير اعتقاداً كاملاً بملكية

(١) فيرتب هذا التصرف جميع آثاره وتنقل ملكية الشيء أو أي حق عيني آخر عليه للغير بأثر فوري وذلك في المنقول حيث تقوم الحيازة قريبة على الملكية، أما في حالة العقار فإن تصحيح تصرف الغير واعتباره صادراً من مالك، يعطي الغير ميزة كسب ملكية العقار أو أي حق عيني عليه بالتقادم القصير.

(٢) انظر محمد عبداللطيف، مرجع سابق، ص ٢٣٩. وفي هذا المعنى أيضاً نعلم جمعة، المرجع السابق، ص ٩٣. ورمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٦٧٥.

هذا الشخص. ويستوي أن يكون ظهور المتصرف بمظهر المالك ناشئاً عن سيطرة مادية، وذلك بوصف يده على العقار أو الموقوف بنية تملكه بالتقادم المكسب الطويل، أو عن سبق ملكيته ثم زوالها بأثر رجعي لبطلان أو فسخ^(١). وهذه الحالة الأخيرة تظهر بشكل واضح وجلي في الموقوف، وذلك باستمرار المتصرف بحيازة الموقوف على الرغم من بطلان التصرف الناقل لملكيته أو فسخه^(٢).

ولما كان من المتصور أن يكون المتصرف بالعقار أو الموقوف واضع اليد عليه بنية تملكه بالتقادم الطويل، فإن ما يشترط في الحيازة كي تنتج آثارها بتملك العقار أو الموقوف بالتقادم الطويل، يساهم بشكل كبير في استقرار وتدعيم الركن المادي للظاهر، مما يؤدي إلى نشوء الاعتقاد لدى الغير بملكية الحائر. فالحائز إذا كانت حيازته هادئة، وذلك بأن يتمكن واضع اليد (الحائز) من الانتفاع انتفاعاً لا يشوبه عنف أو قوة أو إكراه^(٣)، وظاهره ليس فيها عيب الخفاء بأن تكون الأفعال الدالة على وضع اليد واضحة بأن يباشر الحائر الأعمال المادية للحيازة كما يباشرها صاحب الحق^(٤) قائمة على عمل ليس من أعمال الإباحة أو على سبيل التسامح، فإن من شأن ذلك كله أن تكون الحيازة مستجمة لشروطها وموجبات صحتها، وتكون عندئذ على درجة

(١) علي أمير خالد، تملك العقارات بوصف اليد، مطبعة منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٣٢٠.
(٢) ويظهر ذلك بوضوح في العديد من الحالات، فلو اشترى شخص منقلاً ثم تصرف فيه إلى آخر حسن النية، فإن لهذا الأخير أن يتمسك بقاعدة الحيازة في الموقوف بحسن نية منذ الحائر، فإذا ما فسخ العقد الأصلي بين البائع والمشتري فلا يمكن رد الأمور إلى ما كانت عليه إذ يحتمي المير وراء هذه القاعدة حتى لو كان حسن النية. انظر تفصيلاً لذلك لدى: توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٧٤-٢٧٦. ولدى: سليمان مرقص، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٦٦، مكتبة دار النهضة العربية، ص ٢٧٦-٢٧٧.

(٣) محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٤) محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

من القوة والوجاهة مما يبعث على الاعتقاد بأن الحائز ما هو إلا صاحب الحق أو المالك، مما يساهم في استقرار الركن المادي للظاهر.

إلا أن أهم ما يؤدي إلى نشوء الظاهر واستقراره ويبرر للحماية للغير حسن النية هو الخطأ المنسوب للمالك الحقيقي والذي أدى إلى أن يظهر شخص آخر خلافه بمظهر المالك للعقار أو المنقول العائد له، ويتجسد خطأ المالك الحقيقي في إهماله المتمثل بترك الحائز يبدو بمظهر المالك وعدم ملاحظته وعدم اطلاع الغير على حقيقة وضعه، أو عدم المبادرة إلى قطع تقادم الحائز أو بعدم المبادرة إلى استرداد منقوله بعد البطلان أو الفسخ^(١)، كما يعد من قبيل الخطأ سوء اختيار المالك الحقيقي لمن أودع لديه ماله المنقول أو أعاره له. كما يعد المالك الحقيقي مخطئاً في أنه ساهم بنشوء قرينة مفادها أنه متنازل ضمناً عن المطالبة بحقه^(٢)، وهذا ما دفع الحائز للعقار أو المنقول بأن يستمر في الظهور على العقار أو المنقول بمظهر المالك مما دفع للغير للتعاقد معه.

ويقع عبء إثبات خطأ المالك الحقيقي على الغير وله أن يسلك في سبيل ذلك كافة طرق الإثبات^(٣) فإذا ما نجح في ذلك انتقل عبء الإثبات إلى المالك الحقيقي إذا ما أراد نفي الخطأ من جانبه وله أن يثبت ذلك بكافة الطرق. وبعد من قبيل نفي الخطأ أن يثبت المالك الحقيقي سلوك الحائز المتصرف بالعقار أو المنقول طريق الحفاء في حيازته للعقار أو المنقول أو أن يثبت قيام التعدي والإكراه من جانب الحائز لنفي ما يشترط في الحيازة من صفة الهدوء أو أن يثبت أنه بدل أقصى مساعيه في استرداد منقوله من مالكه السابق بعد بطلان التصرف أو فسخه كأن يبرز

(١) سليمان مرقص، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

(٢) محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص ٨.

(٣) أمير عدلي خالد، المرجع السابق، ص ٣٢١.

إعلاناً في الصحف أو أن يحضر شهوداً لإثبات أنه لم يقصر في إطلاع العموم على للصفة الحقيقية للمتصرف بالمنقول، كما أن نفي المالك الحقيقي الخطأ من جانبه يدخل في سياق إثبات سوء نية الغير، فإذا أثبت المالك الحقيقي أن الغير كان بوسعه واستطاعته العلم بالصفة الحقيقية للمتصرف بالمنقول فإنه بذلك يثبت بصورة غير مباشرة انتفاء الخطأ في جانبه بأنه لم يقصر في تتبع منقوله وإذا ما نجح المالك الحقيقي في نفي الخطأ من جانبه انهيار تبعاً لذلك الركن المادي للظاهر^(١)، فلا يعود للغير جديراً بالحماية لأن انتفاء الخطأ في جانب المالك الحقيقي غالباً ما يتدخل مع حسن نية الغير لأن المالك الحقيقي إذا كان قد تأثر في حماية ماله وتبعه فإنه بذلك يجعل صفة المتصرف بالمال في متناول علم الغير بها حيث أن مقتضى حسن النية لدى الغير - كما سنرى - التثبت والتحقق من صفة المتصرف بالمال. غير أن موضوع إثبات الخطأ في جانب المالك الحقيقي لا يثار في ظل القانون المدني الأردني إذا تعلق الأمر بمنقول انتقلت حيازته لحائز حسن نية، لأن مقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز في ظل هذا القانون أنه تقيم الحيازة قرينة على الملكية^(٢) وأن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس^(٣)، وعليه فلا يكلف للمالك الحقيقي إلا إثبات ملكيته للمنقول حتى يسترده من الغير الحائز بحسن نية، وهذا يخالف ما

(١) يرى بعض شراح القانون المدني المصري أنه من الصعب افتراض الخطأ في جانب المالك الحقيقي فيما يتعلق بحيازة العقار، لأن الغير الذي يعمل مع المالك الطاهر للعقار بوسعه أن يتحقق من الصفة الحقيقية للمتصرف معه عن طريق الاطلاع على صحيفة العقار المراد ترتيب التصرف عليه حلصة وأن الحيازة في ظل القانون المدني المصري يمكن أن تقع على عقار مسجل.. انظر في ذلك: ياسين محمد يحيى، المرجع السابق، ص ١٧٧.

(٢) المادة ٢/١١٨٩ ومادها وتقوم الحيازة في ذاتها قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك ويرى د. علي العبيدي في التعليق على هذه الفقرة أن المشرع الأردني قد نسب قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز من أسسها ولم يبق لها وجود. راجع: علي عبيدي، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(٣) في هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز وقد جاء في قرارها (أن الأصل العام المقرر في المادة ٢/١١٨٩ من القانون المدني أن الحيازة في المنقول تقوم بدلتها قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك، وبمقتضى ذلك -

ذهب إليه المشرع السوري والمصري والعراقي عندما اعتبر أن الحيازة تقوم قرينة على السبب الصحيح وحسن النية.

كما لا يثار موضوع خطأ المالك الحقيقي في ظل القانون الأردني فيما يتعلق بالمنقول إذا كان مسروقاً أو مفقوداً أو مغصوباً وأن المالك بحسب المادة (١/١١٩٠) مدني^(١)، يظل له الحق في استرداد المنقول خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الفقد أو الغصب، دون أن يكون في وسع الغير الدفع بواجهته بأي دفع حيث يقتصر الأمر على أن يقوم المالك بإثبات ملكيته للمنقول.

ثانياً: تحقق الركن المعنوي للظاهر:

ويتمثل الركن المعنوي بتوافر حسن النية لدى الغير الحائر للعقار أو المنقول وبشرط أن يكون ناشئاً عن غلط عام معقول في صفة المتصرف بالعقار أو المنقول، وقد أتى المشرع الأردني على تعريف حسن النية في المادة (١١٧٦) من القانون المدني حيث نصت على أنه "يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو بجهل أنه يتعدى على حق الغير ويفترض حسن النية ما لم يعم الدليل على غيره"^(٢). كما نصت المادة (١١٧٧) على أنه "١- أن لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير، ٢- كما يزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى، ٣- ويعد مسيء للنية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره".

سأين حقت المال المنقول لا يكلف باثبات ملكيته له حيث أن حيازته للمال تعد قرينة قانونية على الملكية قابلة لإثبات العكس) تمييز حقوق ٨٩/٤١٦، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠، الجزء الأول، ص ٢٢٧١.

(١) تقابل المادة ٩٦٥ مدني مصري.

(٢) تقابل المادة ٩٦٦ مدني مصري.

ويتضح من هذين النصين أن المقصود بحسن النية لدى العير الحائز هو جهله بأنه يعتدي على حق الغير ويتحقق هذا المعنى إذا كان الحائز يعتقد أنه يتلقى ملكية العقار أو المنقول أو الحق العيني عليهما من صاحبه الحقيقي^(١)، فحسن النية يقتضي أن يكون المتصرف إليه (العير الحائز) معتقداً اعتقاداً سليماً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإذا شاب هذا الاعتقاد أدنى شك انتفى حسن النية^(٢). ويسري هذا التصور لحسن النية في حالتي العقار والمنقول، فالغير الذي أجرى تصرفاً مع المالك الطاهر للعقار أو المنقول لا بد أن يكون معتقداً اعتقاداً كاملاً ولا يحالجه أي شك في ملكية هذا الشخص لما يتصرف به.

ويترتب على ذلك أن حسن النية ينتفي لدى العير إذا علم بأن سند من تلقى عنه الحق باطل أو قابل للفسخ أو يشعر به أي عيب بأي وجه من الوجوه، أو إذا علم بأن ملكية العقار أو المنقول عليها نزاع أمام القضاء^(٣) أو إذا علم بأن المتصرف بالمنقول ليس (لأ سارقاً أو غاصباً له أو عثر عليه ولم يرجعه لصاحبه، ففي جميع هذه الأحوال لا يبقى أي مبرر لحماية العير، إذ أن حيازته بعد ذلك تشكل اعتداءً على حق المالك الحقيقي.

وبلاحظ أن المشرع الأردني في معرض معالجته لحسن النية الواجب توافره لدى الحائز، قد اكتفى بالمعيار الشخصي المتمثل بضرورة أن يكون المتصرف إليه (العير) يجهل أنه يعتدي على حق المالك الحقيقي. وهذا المعيار يراعى فيه اعتقاد الحائز نفسه خلافاً لما ذهب إليه

(١) علي المبيدي، المرجع السابق، ص ٢١٥. ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٢٧.

(٢) السهوري، الوسيط، ج ٩، المرجع السابق، ١١٠٥. وعلي أمير خالد، المرجع السابق، ص ٣١٩. ومحمد سوار، الحقوق الميية الأصلية، المرجع السابق، ص ٢٩٢. وعلى هذا استقر قضاء محكمة النقض المصرية حيث جاء في مجمل أحكامها (أن حسن النية المقصود بالمادة ٩٦٥ هو الاعتقاد الكامل للبات بملكية المتصرف لما يتصرف به) راجع في ذلك: علي أمير خالد، المرجع السابق، ص ٣١٩.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٤٢٥. والسهوري، ج ٩، المرجع السابق، ص ٤٢٥. وعلي المبيدي، المرجع السابق، ص ٢١٦.

المشرع المصري الذي أضاف معياراً آخر إلى المعيار الشخصي القائم على اعتقاد الحائز نفسه، وهو المعيار الموضوعي القائم على انتفاء حسن النية في جانب الحائز إذا كان جهله بعيوب سند المتصرف إليه ناشئاً عن خطأ جسيم. حيث نصت على ذلك المادة (٩٦٥) مصري يُعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم، فإذا اتصف سلوك الحائز بما يقطع أنه ارتكب خطأ جسيماً، كما لو اشترى عقاراً من شخص دون أن يطلع على المستندات التي تؤيد ملكيته للعقار، انتفى لديه حسن النية حتى لو كان يعتقد أن البائع مالك^(١). وإذا كان اتباع المشرع الأردني للمعيار الشخصي في تحديد حسن نية الغير الحائز يعول فيه على اعتقاد الحائز شخصياً وليس على ما يمكن أن يعتقده الشخص المعتاد فيما لو وجد في نفس ظروف الحائز، فإن ذلك يؤدي إلى اتساع مفهوم حسن النية فيما لو كان الغير الذي تعامل مع المالك الظاهر شخصاً مهملاً، إذ في هذه الحالة قد يتحقق لديه حسن النية رغم أن الظروف التي تعامل فيها تحتم عليه أن يكون عالماً بأنه يعتدي على حق المالك الحقيقي فيما لو بذل العناية التي يبذلها للشخص المعتاد. وفي الجانب المقابل فإن اتباع هذا المعيار في تحديد حسن نية من شأنه أن يصيق مفهوم حسن النية إلى حد كبير فيما لو كان الغير الحائز شخصاً يقطاً وحريصاً في سلوكه المعتاد إذ لا يكون حسن النية إلا إذا ثبت أنه بذل أقصى درجات التحوط والحرص في التحقق من صفة المتصرف معه.

وحبذا لو يعدل المشرع الأردني عن هذا المعيار في تحديد حسن نية الغير الحائز للعقار أو المنقول ويلجأ إلى معيار الشخص المعتاد بغية تحقيق التوازن فيما بين الغير حسن النية وصاحب الحق، إذ من شأن هذا المعيار، أن يحل بمصلحة صاحب الحق إخلالاً فادحاً فيما لو

(١) انظر منصور مصطفى منصور، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٤٢٥. وعبدالمعصم الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٦٤٩.

كان الغير من فئة الأشخاص قليلي الحذر والعناية فيؤدي ذلك إلى نتائج وخيمة من قبيل اعتبار شخص عُرف بقلّة حذره وتحوطه حسن النية إذا ما لشترى مبقولاً ثميناً بثمن قليل، كما يؤدي هذا المعيار إلى نتائج وخيمة، تقع على الغير إذا كان من فئة الناس شديدّي اللقطة في التعامل إذ يمكن نفي حسن النية لديه بسهولة ويسر.

وبصورة عامة فإن حسن النية مفترض في جانب الغير وعلى من يدعي عكسه وهو في هذه الحالة المالك الحقيقي إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، ومن قبيل نفي حسن النية عن الحائز أن يثبت للمالك الحقيقي أن الغير الحائز قد غصب الحيازة بالإكراه، إذ يعد في هذه الحالة سبب النية بحكم القانون^(١).

أما بخصوص الوقت الذي يجب أن يتوفر فيه حسن النية فينبغي التفرقة بين العقار والمنقول، ففيما يتعلق بالعقار فالرأي الغالب لدى للفقهاء^(٢) أن الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية لدى الحائز هو وقت تلقي الحق من المتصرف، ووقت تلقي الحق هو الوقت الذي يكسب فيه الحائز الملكية أو الحق العيني لو أن المتصرف كان مالكاً حقيقياً للشيء.

وقد جاء حكم المشرعين المصري والسوري موافقاً لهذا الرأي حيث نصت المادة (٢/٩٦٩) من القانون المصري للمقابلة للمادة (٢/٩١٨) مدني سوري على أنه ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق.

وذهب جانب من الفقهاء إلى أن حسن النية مطلوب وقت إبرام التصرف، فلا يشترط توافر

(١) المادة ٣/١١١٢ مدني.

(٢) راجع هذا الرأي لدى: السدهوري، المجلد التاسع، المرجع السابق، ص ١١١١. ومحمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٢٩٤. وعبدالمعزم الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٦٥٠. ورمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٦٨٦. ومعيد مبارك، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ١٥٢.

حسن النية لدى الحائز وقت تلقيه الحق من المتصرف^(١)، ويسوغ هذا الاتجاه رأيـه بالقول إن لشروط توافر حسن النية لدى الحائز وقت تلقيه الحق من المتصرف وما يسفر عنه من ضرورة توافر حسن النية إذا كان انتقال الحق مقيد باستكمال شكلية التسجيل أو القيد، فإن ذلك يؤدي إلى إهدار الغاية التي من أجلها شرع التقادم القصير، لأن تسجيل التصرف يتطلب إبراز سندات الملكية، ولما كان المتصرف غير مالك فيتعذر عليه تقديم هذه المستندات وبذلك ينحصر مجال التملك بالتقادم الحتمي في الأحوال التي يتم فيها التسجيل بالخطأ بالرغم من عدم ملكية المتصرف^(٢).

ولم يفصح المشرع الأردني عن الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية لدى الغير الحائز مما دفع الشراح إلى التنازع حول هذه المسألة فذهب البعض^(٣) إلى أن حسن النية مطلوب وقت تلقي الحق، أي وقت توفر السبب الصحيح في حين ذهب البعض الآخر^(٤) إلى اشتراط توفر حسن النية من بدء الحيـزة.

ونرى بصحة هذا الاتجاه لأن نص المادة (١/١١٨٢) اشترط اقتران الحيـزة بحسن نية ولم يشترط اقتران السبب الصحيح بحسن النية.

لما الوقت الذي يشترط فيه توافر حسن نية لاكتساب ملكية المنقول بالحيـزة فهو وقت بدء الحيـزة، أي وقت تسلم المنقول^(٥)، والسبب في ذلك أن الحيـزة ذاتها في المنقول تعد قرينة على

(١) انظر محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، ج ٤، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٥٢، ص ٢١١. ومنصور مصطفى منصور، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(٣) سعيد مبارك، المرجع السابق، ص ١٥٢.

(٤) محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ١٥٢. وعلي العبيدي، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(٥) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٤٢٧. ومحمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٦٩٣.

ملكية من قبل الحائز، ويكفي توفر حسن النية وقت بدء الحيازة في المنقول أو وقت تلقي الحق في العقار وفقاً للقانونين المصري والسوري ووقت بدء الحيازة وفقاً للقانون الأردني، ولا عبء لسوء النية الطارئ بعد ذلك، فإذا علم الغير الحائز أثناء حيازته للعقار أن من اشترى منه العقار شخص غير مالك فإنه يحق له أن يتمسك بالتقادم القصير في مواجهة المالك الحقيقي.

وتقدير توافر حسن النية من عدمه يعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع^(١) ولا رقابة عليها في ذلك إلا من حيث التسبب، والعبء في تقدير حسن النية من عدمه بنية الحائز نفسه، إلا إذا كان غير مميز أو شخصاً معنوياً، إذ العبء في مثل هذه الحالة بنية من يمثلها قانوناً^(٢).

وأخيراً لا بد أن يكون حسن النية مستنداً إلى غلط عام معقول في صفة المتصرف وذلك بأن يكون الاعتقاد بملكية المتصرف بالعقار أو المنقول ناشئاً عن غلط عام ومعقول مما يبعث على الاعتقاد بأن المتصرف مالكا للعقار أو الحق العيني المتصرف به. ويقصد بكون الغلط معقولاً، أن يكون على درجة من القوة والوجاهة على نحو يجعل الغير يندفع به، لما كونه عاماً فمعناه ألا يكون الغلط قاصراً في تأثيره على فئة محدودة من الأشخاص، ومعقولة الغلط وعموميته تتوقف على مدى قوة الركن المادي للظاهر. فكلما كان الركن المادي للظاهر قوياً ومستقراً بأن كان ظاهر الحال المتصرف يقطع بملكيته للعقار أو المنقول كما لو كان حائزاً له بنية تملكه بالتقادم الطويل وكان يباشر عليه كافة سلطات المالك ومزاياه أو كما لو كان قد عرف عنه أنه امتهن للعقار أو المنقول نتيجة تصرف أجراه مع المالك الحقيقي ثم فسخ هذا التصرف وزال لأي سبب من الأسباب دون أن يكون سبب فسخ التصرف أو زواله معروفاً للعامة كما لو

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٤٢٦.

(٢) علي العبيدي، المرجع السابق، ص ٢١٦.

باع أحد الورثة شيئاً من التركة ثم طهر بعد ذلك من يحجب البائع، فإن العبر حسن النية له أن يحتج بامتلاكه العقار بالتقادم القصير أو المنقول عملاً بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ذلك أن حسن نيته استند إلى ركن مادي قوي ووجبه. وفي المقابل إذا كان الركن المادي للظاهر ليس قوياً فإن الغلط الناشئ عنه لا يكون معقولاً كما لو اعتصب الحائز حيازة العقار بالإكراه أو شاب حيازته حفاء أو كما لو كان حائز المنقول شخصاً فقيراً وكان المنقول باهظ الثمن، ففي جميع هذه الأحوال لا يمكن أن يتولد عن الركن المادي للظاهر غلط في صفه المتصرف مما يؤدي إلى القبح في حسن نية الغير وسلامة اعتقاده.

ولما كان الغلط يبني على الركن المادي للظاهر، ومدى قوته أو متانته ويندرج في إطار البحث عن حسن نية الغير، فإنه لا يتم البحث عنه بصورة مستقلة بل في إطار حسن النية وهو من مسائل الواقع ويستقل بتقديره قاضي الموضوع.

ثالثاً: أن تكون الحيازة مستندة إلى سبب صحيح:

إن جوهر حماية الحائز حسن النية هو تصحيح تصرفه الذي أجراه مع شخص غير مالك للعقار أو المنقول، ولا يتم ذلك إلا إذا كان هذا التصرف مما يعد سبباً صحيحاً. وقد أتى المشرع الأردني على تعريف للسبب الصحيح في المادة (٢/١١٨٢) حيث نصت "السبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل التالية: ١- الاستيلاء على الأرض الموات، ٢- انتقال الملك بالإرث أو الوصية، ٣- الهبة بين الإحياء بعوض أو بغير عوض، البيع أو الفراغ"^(١). ويعاب على هذا التعريف أنه لم يراع وجوب أن يكون السبب الصحيح تصرفاً

(١) ويتطابق هذا التعريف للسبب الصحيح للتعريف الذي أورده المشرع العراقي في المادة ٣/١١٥٨ والقانون المدني السوري في المادة ٣/٩١٨ في حين جاء تعريف المشرع المصري للسبب الصحيح مختلفاً حيث عرفه في المادة ٣/٩٦٩ بأنه "سند يصدر من شخص لا يكون مالئاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يبرأ كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون".

قانونياً، فأقحم في إطاره وقائع قانونية معتبراً إياها أسباباً صحيحة، كما هو الحال بالنسبة للميراث، فهو لا يعتبر تصرفاً قانونياً وبالتالي لا يعتبر سبباً صحيحاً^(١)، فلا يكفي لتمكنك الوارث بالتقادم القصير أن يكون قد حاز عقاراً أو ومنقولاً معتقداً بحسن نية أنه كان مملوكاً لمورثه وأنه تلقاه عنه بالميراث بل يجب للطرف في مثل هذا الفرض إلى سند المورث نفسه فإذا كان قد توفر له السبب الصحيح فحيازة الوارث تعتبر استمراراً لحيازة سلفه^(٢). كذلك فإن الاستيلاء على الأرض الموات لا يعد سبباً صحيحاً إذ لم يفتقرن بإذن من الحكومة^(٣)، وهو بالتالي لا يعدو كونه وافعة قانونية. أما إذا اقترن الاستيلاء بإذن الحكومة أصبح بمثابة التصرف القانوني وبالتالي صلاحية اعتباره سبباً صحيحاً^(٤). كما يعاب على تعريف المشرع الأردني أنه لم يشر إلى وجوب صدور التصرف القانوني من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم القصير.

والسبب الصحيح برأي معظم الفقه، هو ذلك التصرف القانوني الصادر من غير المالك - على اعتبار أنه المالك - إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً ويكون من شأنه نقل الملكية أو الحق

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٤١٩. وعلي العبيدي، المرجع السابق، ص ٢١٨. وقد تلافي المشرع الأردني هذه المعاملة في المذكرات الإيضاحية إذ أخرج الميراث من عداد ما يعتبر سبباً صحيحاً. انظر المذكرات الإيضاحية، ج ٢، ص ٧٠٥.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٤١٩.

(٣) المادة ١٠٨٠ مدني أردني.

(٤) يرى بعض الشراح أن الاستيلاء على الأرض الموات المقترن بإذن الحكومة لا يعد سبباً صحيحاً لتمكنك العقار بالتقادم القصير لأن اعتباره كذلك يتعارض مع أحكام الاستيلاء التي بموجبها يملك الحائز الأرض بمجرد حصوله على إذن من الحكومة دون حاجة لمضي المدة، ويرون الاستيلاء الذي يمكن تصوره كسبب صحيح هو عندما يستولي شخص على أرض موات ويحصل على ترخيص من جهة غير مختصة لو إذن معيب، فهي مثل هذه الحالة يمكن اعتبار الاستيلاء المقترن بالترخيص بمثابة التصرف القانوني الذي من طبيعته نقل الملكية لو أن الترخيص صادر من جهة مختصة وعليه بإمكان هذا الشخص إذا كان حسن النية أن يحتج بالتقادم القصير في مواجهة الإدارة. انظر هذا الرأي لدى: علي العبيدي، المرجع السابق، ص ٢١٨ و ٢١٩ هامش رقم ١ لدى صلاح الدين الندهي، مشار إليه لدى علي العبيدي، ص ٢١٩، هامش رقم ١.

العيني كما لو كان صادراً من المالك أو صاحب الحق العيني^(١). ومن خلال هذا التعريف فإن السبب الصحيح لا بد أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً، ومن قبيل التصرفات القانونية البيع والهبة والمقايضة والوصية بعقار معين، كما يعد من التصرفات القانونية التي تصلح أسباباً صحيحة للحكم برسو المزداد عندما يباع العقار جبراً على المدين، وللحكم بالشفعة^(٢).

ويترتب على اشتراط أن يكون السبب الصحيح تصرفاً قانونياً لإخراج الوقائع المادية والقانونية من إطار الأسباب الصحيحة، كما لا تصلح الوصية لجهة شائعة من التركة سبباً صحيحاً لأنها وإن كانت في مثل هذه الحالة تعد تصرفاً قانونياً، فإنها لم تصدر إلى الموصى له (الحائز) باعتباره خلفاً خاصاً^(٣).

كما يشترط في السبب الصحيح أن يكون صادراً من غير مالك والمتصرف الذي يعد مالئاً في هذا المجال هو شخص غير مالك للعقار أو المنقول ويستحيل عليه أن ينقل ملكية إلى من تصرف إليه^(٤). ويتحقق هذا الشرط إذا كان ظهور المتصرف على المال بمظهر المالك ناشئاً عن سيطرة مادية أو نتيجة لملكيته للشيء ولكنها زالت بأثر رجعي لمطلان أو فسخ.

كما يشترط أن يكون للسبب الصحيح من شأنه نقل الملكية كما لو كان صادراً من مالك أهل للتصرف كالبيع والهبة والمقايضة والحكم برسو المراد والحكم بالشفعة والوصية بعقار معين، وبخلاف ذلك لا يعد سبباً صحيحاً أي تصرف قانوني لا يكون من شأنه نقل الملكية إما

(١) انظر السنهوري، الوسيط، ج ٩، المرجع السابق، ص ١٠٨٥. ومنصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٤١٩. ومحمد سوار، المرجع السابق، ص ٢٩٩. وعبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

(٢) لا يسري هذا القول على للقانون المدني السوري لإيمانه الشفعة من عداد أسباب كسب الملكية.

(٣) رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٦٦٧. ومحمد سوار، المرجع السابق، ص ٦٧١.

(٤) السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٨٦.

لطبيعته كعقد الإيجار أو الوديعة وإما لكونه تصرفاً كاشعاً للحق كما هو الحال بالنسبة للقسمة^(١) وعقد الصلح^(٢) أو لكونه تصرفاً باطلاً أو صورياً صورية مطلقاً^(٣) أو تصرفاً ظنياً^(٤) وإما لكونه معلقاً على شرط واقف قبل تحقق الشرط لأنه ليس من شأنه نقل الملكية ولو كان قد صدر من المالك، فإذا تحقق الشرط فيعتبر للتصرف سبباً صحيحاً من وقت تحقق الشرط. أما العقد المعلق على شرط فاسخ فيصلح أن يكون سبباً صحيحاً على أن لا يتحقق الشرط قبل تمام المدة^(٥). ولا يشترط في السبب الصحيح في ظل القانون الأردني أن يكون مسجلاً لأنه يرد على حق غير مسجل أصلاً وبسري هذا الحكم بالنسبة للقانون السوري والعراقي في حين اشترط المشرع المصري صراحة وجوب أن يكون السبب الصحيح مسجلاً^(٦).

(١) إذا تبين أن العقار الذي احتص به أحد الشركاء في القسمة لم يكن مملوكاً للشركاء المتقاسمين فلا يستطيع هذا الشريك إذا تمسك بالتقدم القصير في مواجهة المالك الحقيقي أن يستند إلى عند القسمة باعتباره سبباً صحيحاً.. انظر تفصيل ذلك لدى السهوري، ج ٩، المرجع السابق، ص ١٠٨٨، ومحمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٤٠٧.

(٢) فلو تنازع شخصان على عقار وتصالحا على اعتباره ملكاً لأحدهما ثم تبين بعد ذلك أنه مملوك لشخص ثالث، فلا يمكن الاحتجاج على هذا الأخير بالتقدم القصير وإن تحقق حسن النية.

(٣) السهوري، ج ٩، ص ١٠٩٦، ورمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٦٧٢، ومنصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(٤) التصرف الظني هو ذلك للتصرف الذي يقوم على التوهم ولا وجود له في الواقع، كمن يعتقد حائر العقار حلقاً للحقيقة بصور عقد بيع لصالحه من البائع، لمزيد من الايضاح انظر: عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص ٣٥٤.

(٥) راجع السهوري، الوسيط، ج ٩، ص ١٠٩٨.

(٦) والسبب في ذلك أن المشرع المصري أباح تملك العقارات بالتقدم القصير دون ترقية بسين للعقارات المسجلة أو غير المسجلة. وقد تعرض هذا المصلك التشريعي للنقد من قبل جمهرة الفقه المصري إذ يرون أن اشتراط مثل هذا الشرط من شأنه أن يجعل اكتساب العقار بالتقدم القصير بندراً في معظم الأحيان. انظر تفصيل ذلك منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

أما عن عبء إثبات السبب الصحيح فإنه يختلف في العقار عنه في المنقول، إذ يقع عبء إثبات السبب الصحيح في التقادم الفصير على الغير الحائز^(١). أما فيما يتعلق بالمنقول فلا يحتاج الحائز لإثبات السبب الصحيح، إذ تقوم الحيابة ذاتها قرينة على الملكية^(٢) وبالتالي لا يكلف الحائز إلا بإثبات حيالته^(٣).

المطلب الثاني

حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع المشتري من المريض مرض الموت^(٤) لا يثار موضوع حماية الغير حسن النية الذي كسب حقاً عينياً نتيجة تصرف أجراه مع خلف المريض مرض الموت إلا حينئذ يكون تصرف المريض مرض الموت غير نافذ في حق ورثته أو دائنيه. ولذلك يتعين قبل بحث شروط حماية الغير حسن النية ومضمونها، البحث في مفهوم مرض الموت، وبيان متى تكون تصرفاته غير نافذة في حق ورثته أو دائنيه. ولذلك فسوف يتم البحث في هذا للموضوع عبر فرعين، فنتناول في أولهما مفهوم مرض الموت ومتى

(١) محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص ٢٢١.

(٢) كما تقوم الحيابة قرينة على السبب الصحيح في ظل التشريعات المصرية والسورية والعراقية مما يجعل الغير غير مكلف بإثبات السبب الصحيح.

(٣) محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ٦٧٦.

(٤) لم يتطرق المشرع العراقي إلى هذه الحماية حيث أفرد نصاً وحيداً يحكم تصرفات المريض مرض الموت، حيث نصت المادة ١١٠٩ مدني عراقي (كل تصرف نافذ للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصوداً به التبرع أو المحاباة، يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية). ويلاحظ أن المشرع العراقي قد أصغى حمايته على وريثة المريض ودائنيه فقط فاعتبر كل تصرف صادر عن المريض على سبيل التبرع لو إذا كان منظوياً على محاباة في حكم الوصية، ويرد التبرع إلى ثلث التركة، كما لا يسري التصرف ولو بعوض في حق الورثة إذا كان يتجاوز ثلث التركة ويرد إلى ثلث التركة. ولم يعالج المشرع العراقي حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع المشتري من المريض.

تكون تصرفات المريض غير نافذة في حق الورثة أو الدائنين، ونبحث في ثانيهما شروط حماية العبر حسن النية ومضمون حمايته.

الفرع الأول: مفهوم مرض الموت، ومتى تكون متصرفات المريض غير نافذة في حق الورثة أو الدائنين:

أولاً: مفهوم مرض الموت^(١):

تناولت المادة (٥٤٣) مدني أرني تعريف مرض الموت بقولها "١- مرض الموت: هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه، وعلى حالة واحدة دون زيادة، سنة أو أكثر تكس تصرفاته كتصرفات الصحيح. ٢- يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثاله الهلاك ولو لم يكن مريضاً".

كما عرفته محكمة التمييز بأنه "المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحة خارج البيت وينتهي فعلاً بالوفاة، ويشترط لاعتبار المريض مرض الموت توافر ثلاث صفات هي للعجز عن العمل وغلبة الموت من المرض وانتهائه فعلاً بالوفاة وتحديد هذه النواحي يرجع فيها

(١) على الرغم من كون مفهوم مرض الموت من صنعة الفقه الإسلامي، فإن المذاهب الفقهية تنازع في تحديد ماهيته وشروطه، فعرفه الحنفية بأنه المرض الذي يحاب منه الهلاك غالباً وذلك بأن يسبقه عجز تام. أما المالكية فعرفوه بأنه المرض الذي يحكم أهل الطب بأنه يكثر للموت من مثله كالسلس والقولنج، والمراد بالكثر أن لا يتعجب من صدور الموت عنه. أما الشافعية فعرفوه على أحد مساهبهم بأنه كل مرض يستعد بسببه للموت، وفي مذهب آخر كل مرض لا تطول معه حياة صاحبه. أما الحنابلة فعرفوه بأنه المرض المخوف الذي يكون سبباً صالحاً للموت. انظر بسطاً لهذه التعريفات والتعليق عليها أنور محمود دبور، ماهية مرض الموت وتأثيره بالتصرفات بصفة عامة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن جامعة الإمارات، العدد الثاني، ١٩٨٨، ص ٧٧ وما بعدها.

إلى تقرير الطبيب المختص وما يقره بشأن نوع المرض الذي يغلب فيه الموت وإلى ظروف كل دعوى وتقدير المحكمة^(١).

ثانياً: تصرفات المريض مرض الموت غير النافذة في حق ورثته أو دائنيه:

١- بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته:

يعتبر بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته غير نافذ بحق باقي الورثة وموقوفاً على إجازتهم لياً كانت قيمة المبيع وأياً كان الثمن^(٢). وهذا ما قررتة المادة (١/٥٤٤) مدني أردني حيث نصت "بيع المريض شيئاً من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يحره باقي الورثة بعد مرض الموت" وتطبيقاً لذلك قصت محكمة التمييز: "إن بيع المريض مرض الموت ماله لأحد ورثته أو أكثر أثناء مرض موته يعتبر وفقاً للمادة (٣٩٣) من المجلة والتي أخذ بها القانون المدني الأردني في المادة (١/٥٤٤) يعتبر بيعاً صحيحاً موقوفاً على إجازة بقية الورثة، فإن أجازوه به، وإن لم يجيزوه فسخ"^(٣).

٢- كما لا يكون بيع المريض مرض الموت لأجنبي نافذاً في حق الورثة إذا كانت قيمة المبيع تزيد على الثمن بما يتجاوز ثلث التركة، ويتعلق عدم النفاذ هنا بالجزء الزائد على ثلث التركة

(١) تمييز حقوق رقم ٨٢/٧٧١، مجلة نقابة المحامين، السنة الواحدة والثلاثين، ١٩٨٣، العدد الأول، ص ٤٢٥.

(٢) يلاحظ أن مصلك المشرع الأردني في هذا الخصوص يختلف عن مثيله المصري والسوري من حيث أن المشرع الأردني جعل بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته غير نافذ في حق باقي الورثة لياً كان مصموم التصرف لأنه أقام قرينة على فطواء هذا البيع على محاباة لأحد الورثة، في حين أن المشرع المصري وكذلك السوري اشترطاً لعدم نفاذ بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته ألا يكون البيع منطقياً على محاباة تتجاوز ثلث التركة حيث نصت المادة ٤٧٧ مدني مصري المطابقة للمادة ٤٤٥ مدني سوري على أنه "إذا باع المريض مرض الموت أو وارث أو غيره وارث بشئ يقل عن قيمة المبيع وقت البيع، فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة البيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة.

(٣) تمييز حقوق رقم ٨٦/٤٦٣، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٩، ص ١٩٦٨.

حيث تنص المادة (٢/٥٤٥) 'أما إذا تجاوزت هذه الريادة ثلث التركة، فلا ينعقد البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثي قيمة المبيع والا كان للورثة فسخ البيع'^(١).

وقد اعتد المشرع الأردني بقيمة المبيع وقت الموت، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٥٤٥) 'بيع المريض من أجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذاً في حق الورثة...'. ولذلك فإن للقيمة التي يجب حساب ما يجوز الإيصاء به منها هي القيمة التي تتقرر وقت تعلق حق الورثة بها وهي لحظة الوفاة.

ومما هو جدير بالذكر أن الأحكام السابقة والمتعلقة ببيع المريض مرض الموت سواء لأحد ورثته لو لأجنبي لا بد أن نفهم فيما يتعلق بنفاذها في حق الورثة بدلالة المادة (١١٢٨) من القانون المدني، والمتعلقة بالتصرفات الصادرة عن المريض مرض الموت مقصوداً بها التبرع، حيث تأخذ هذه التصرفات حكم الوصية فيتوقف نفاذها على إجازة بقية الورثة إذا كان التصرف صادراً لأحد الورثة^(٢)، وترد إلى الثلث إذا كانت صادرة لأجنبي. وتنص هذه المادة على أن "١- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى له. ٢- وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولا يحتج على الورثة بسند التصرف إلا إذا كان ثبت التاريخ ثبوتاً رسمياً. ٣- فإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف

(١) هذا المسلك يطابق مسلك المشرع المصري والمشرع السوري، راجع المادتين ٤٤٧ منفي مصري و٤٤٥ منفي مورتي.

(٢) يختلف الحكم في القانونين المصري والراقي للذات أجازا الوصية للورث بما لا يتجاوز ثلث التركة، وعليه فإن الوصية لورث إذا لم تتجاوز ثلث التركة تعد نافذة في حق باقي الورثة. راجع المادتين ٣٧ من قانون الوصية المصري و١١٠٨ منفي عراقي.

صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف غير ذلك أو وجدت أحكام خاصة تحالفه^(١).

-١

بيع المريض الأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، فيعتبر بيع للمريض مرض الموت لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير إذا كانت التركة مستغرقة بالديون بيعاً موقوف للنفذ على إجازة الدائنين، حيث نصت على ذلك المادة (٥٤٦) مدني أردني "لا ينفذ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بعين يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون والمشتري دفع ثمن المثل وإلا جاز للدائنين فسخ البيع"^(٢).

(١) تقابل المواد ٩١٦ مدني مصري و ٨٧٧ مدني سوري و ١١٠٩ مدني عراقي. وظاهر أن هذه المادة تقيم قربة قانونية بسيطة مفادها أن كل تصرف صادر عن شخص في مرض الموت يعد تصرفاً مقصوداً به التبرع، ولذلك فإن الورثة لا يكفون إلا بإثبات صدور التصرف في مرض الموت، ويكون لمن صدر له التصرف أن يثبت عكس هذه القربة، ولك أن يثبت بأن التصرف لم يكن مقصوداً به التبرع. وفي ذلك تقول المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (...) ولكن يجوز لكل ذي شأن أن يثبت أن التصرف رغم صوره في مرض الموت كان بمقابل، فإن أثبت ذلك، كان القدر المحل به هو الذي يأخذ حكم الوصية)، راجع للمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ٢، ص ٦٨٦.

(٢) ويلاحظ أن المشرع الأردني قد انصرف على المشرعين المصري والسوري في أفراد نص خاص لحماية الدائنين من آثار تصرفات المريض مرض الموت، حيث جعل تصرفاته الواقعة في فترة المرض غير نافذة بحقهم إذا كانت بأقل من ثمن المثل ولو بعين يسير متى كانت التركة مستغرقة بالديون، فيجوز لهم فسخ العقد إذا لم يبادر المشتري إلى دفع ثمن المثل، في حين لم يفرد المشرعان المصري والسوري نص مماثل والسبب في ذلك أن كل من المشرع المصري والسوري اكتفى بالدعوى التي بقيمة الدائن لمنع نفسه من تصرف مدينه وهي ما تعرف بالدعوى البوليصية. انظر تفصيل ذلك لدى المسعودي، الوسيط، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

الفرع الثاني شروط الحماية

قد يقوم المشتري من المريض مرض الموت، سواء كان وارثاً أم أجنبياً بالتصرف بالمبيع الذي انتقل إليه من المريض مرض الموت إلى الغير على الرغم من كون تصرف المريض مرض الموت له غير نافذ بحق باقي الورثة أو الدائنين بحسب الأحوال.

فإذا لم يكن الورثة أو الدائنين قد أجازوا بيع مورثهم أو مدينهم المريض مرض الموت، فما هو مصير التصرف الذي أجراه المشتري من المريض مرض الموت مع الغير واكتسب بمقتضاه هذا الأخير حقاً عينياً على المبيع؟

لقد أجابت على ذلك المادة (١/٥٤٧) مدني أردني حيث نصت "لا يجوز فسخ بيع المريض إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً أكسب من كان حسن النية حقاً في عين المبيع لقاء عوض"^(١).

فمن خلال هذا النص نجد أن المشرع الأردني قد قرر حماية الغير حسن النية، بأن اعتبر التصرف الذي كسب للغير بمقتضاه حقاً عينياً على المبيع، صحيحاً ومنتجاً لآثاره في مواجهة الورثة أو الدائنين، والذين يحق لهم بحسب الأصل - أن يحتجوا بعدم نفاذ تصرف المشتري من المريض مرض الموت بالمبيع في حقهم لأن بيع المريض مرض الموت ذاته غير نافذ في حقهم.

ولما كانت هذه الحالة من حالات حماية الغير حسن النية، تطبيقاً لفكرة الظاهر، فيتعين لأجل إسباغ الحماية على الغير توافر ركنا الظاهر المادي والمعنوي فضلاً عن أن يكون الحق

(١) تقابل المادتين ٤٧٨ مدني مصري و ٤٤٦ مدني سوري.

العيني الذي اكتسبه الغير على البيع ناشئاً عن عقد معاوضة.

وسوف نعرض لهذه الشروط تباعاً:

أولاً: توافر الركن المادي للظاهر:

ويتمثل الركن المادي للظاهر في هذه الحالة بظهور الخلف الخاص للمريض مرض الموت بمظهر المالك على المال على الرغم من عدم نفاذ تصرفه مع المريض في مواجهة الورثة أو الدائنين ذلك أن المشتري من المريض مرض الموت، إذا كان التصرف الذي أجراه مع المريض مما يتوقف على الإجازة فإنه -أي المشتري- لا يعد مالكاً للمال كله إذا كان البيع لأحد الورثة أو للجزء الذي تقرر عدم نفاذ التصرف فيه إذا كان البيع لأجنبي، وقد يتبادر إلى الذهن أن العقد وإن كان موقوفاً فإنه صحيح بين طرفيه، وبالتالي يثور التساؤل حول اعتبارنا للمشتري من المريض مرض الموت مالكاً طاهراً للمال أو للجزء الذي تقرر عدم نفاذ التصرف فيه، وأن ظهوره بمظهر المالك يؤلف للركن المادي للظاهر.

للإجابة على هذا التساؤل نقول إن بيع المريض مرض الموت وإن كان صحيحاً بين طرفيه وهما المريض والمشتري فإنه يعد غير نافذ في حق طائفتين هما الورثة أو الدائنين بحسب الأحوال المشار إليها سابقاً وعدم النفاذ هذا مقرر بحكم القانون، وأن نفاذ هذا التصرف بحقهم متوقف على إجازتهم، فإن لم يجزوا التصرف اعتبر كأن لم يكن، وهو ما يعني أن ملكية المشتري من المريض مرض الموت وإن كانت صحيحة ومعتبرة بحسب الأصل باعتبارها ناشئة عن عقد صحيح، فإنها لا تعد كذلك بالنسبة للورثة أو الدائنين، إذ أنهم يملكون حق فسخ البيع الصادر من المريض مرض الموت وهو ما يؤدي إلى زوال ملكية المشتري للمال كله أو

للجزء الذي تقرر عدم النفاذ فيه بأثر رجعي^(١). ولما كان الأمر كذلك فإن المشتري وقبل إجازة تصرفه ممن يملك حق إيجارها لا يسوغ له التصرف بالمبيع، لأن ملكية المبيع لم تثبت له، ذلك أن ثبوتها يحتاج إلى إجازة للورثة أو أن يبادر إلى تكملة الفرق بين ثمن المبيع وقيمه بما يجعله في حدود ثلث التركة، فإذا لم يحز الورثة تصرف مورثهم المريض مرض الموت أو لم يبادر المشتري إلى تكملة الفرق بين الثمن وقيمة المبيع كان للورثة أو الدائنين فسخ تصرف مورثهم المريض ونزع المبيع من يد المشتري وأولادته للورثة أو الدائنين. ومن هنا جاء قولنا أن المشتري من المريض مرض الموت لا يعد مالكا للمبيع، فإذا ما قام بالتصرف بالمبيع إلى مشتري آخر، كان للورثة أو الدائنين حق استرداد المبيع مستنديين في ذلك إلى حقهم في فسخ عقد البيع الأصلي. وهذا الحق يستتج من مفهوم المخالفة للمادة (٥٤٧) مدني والتي تنص "لا يجوز فسخ بيع المريض إذا تصرف للمشتري في المبيع تصرفاً أكسب من كان حسن النية حقاً في عين المبيع لقاء عوض" فالاستثناء يتعلق بمن كان حسن النية، وحسن النية مناطه الاعتقاد بملكية البائع (المشتري من المريض) للمبيع كاملاً.

ولا يتحقق الاعتقاد لدى الغير إلا إذا كان المشتري من المريض مرض الموت قد باشر سلطات المالك على المال بما فيها حق التصرف فيه، في حين أنه لا يملك هذا الحق، إذا ما روعي حق الورثة والدائنين في فسخ البيع، وهو ما يعني في الخلاصة أن ملكيته للمبيع قبل إجازة البيع تعد ملكية ظاهرة^(٢).

(١) انظر فتحة قرء، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٢) مما يعزز هذا الرأي ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية من أن حق الورثة على أموال مورثهم وقت مرض الموت، هو حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض ورتبوا على ذلك أن المطلقة مطلقاً بانقضاء دون رضاها في مرض الموت، إذا مات مطلقاً وهي في العدة، فإنها تراث. انظر هذا الرأي لفقهاء الحنفية لدى: أنور ديور، المرجع السابق، ص ٩١.

وتوفر الركن المادي للظاهر بالمعنى المتقدم واستقراره يكون في معظم الأحيان ناشئاً عن خطأ الورثة أو الدائنين المتمثل في تقصيرهم وإهمالهم في متابعة تصرفات مورثهم أو مدينهم في فترة المرض، كما يثبت هذا الخطأ بحقهم بعد وفاة المورث وهو الوقت الذي يثبت لهم فيه حق إجازة التصرف من عدمه، حيث تنجسد مسؤوليتهم في نشوء الركن المادي للظاهر - المتمثل في ظهور المشتري من المريض بمظهر مالك المبيع - بعدم منادرتهم إلى التحقق من وضع أعيان التركة وأموالها وسكوتهم عن ذلك بقيم مسؤوليتهم في نشوء الركن المادي للظاهر خاصة وألهم يعلمون أن مرض مورثهم أو مدينهم هو مرض موت واستمر لسنة فأكثر وأن هذه الفترة قد يستغلها المريض لإبرام تصرفات من شأنها الإضرار بهم ولا يحتج على هذا التصور لخطأ الورثة أو الدائنين بالقول إنه فترة غير قصيرة قد تمضي بين وفاة المتصرف وظهور عدم نفاذ المبيع في حق الورثة أو الدائنين مما يمكن المشتري من المريض بالتصرف بالمبيع إلى العبر^(١). فالقول السابق لا ينفي الخطأ في جانب الورثة أو الدائنين لأن مجرد علمهم بمرض مورثهم أو مدينهم واستمرار مرضه لمدة سنة فأكثر من شأنه أن يجعلهم أكثر يقظة وتربصاً في متابعة تصرفاته حتى إذا جاءت وفاة باندروا إلى منازعة المشتري في ملكية المبيع.

وهذا الخطأ في جانب ورثة المريض أو دائنيه هو من قبيل ما عدته محكمة النقض المصرية خطأً سلبياً يتمثل في ترك الأصل الركن المادي للظاهر يتحقق دون أن يبادر إلى فضحه أو كشفه.

كما لا يمكن تصور انتفاء جانب الخطأ في حق الورثة أو الدائنين إذا تحقق حسن النية لدى الغير بصورة كاملة، ذلك أن حسن النية لدى الغير كما سيتضح عند دراسة الركن المعنوي للظاهر يقتضي انتفاء علمه بحقيقة وضع المتصرف بالمبيع وبحق الورثة أو الدائنين في فسح

(١) سليمان مرقص، عقد البيع، للمرجع السابق، ص ٧٨٩.

البيع وبمرض المتصرف للمشتري مرض الموت وقت التصرف. وترتيباً على ذلك فإن الورثة أو الدائنين الذين لم يبادروا للقيام بأي عمل أو إجراء من شأنه أن يقدح في حسن نية الغير، لا يمكن انتفاء الخطأ في جانبهم فلا يكونوا بعد ذلك جديرين بترجيح مركزهم على مركز الغير حسن النية^(١).

ثانياً: تحقق الركن المعنوي للظاهر:

ويتمثل الركن المعنوي للظاهر بأن يكون الغير حسن النية، ومقتضاه انتفاء علمه الحقيقي أو الحكمي وقت تعامله مع المشتري من المريض مرض الموت، ما يهدد حقه بالزوال^(٢)، بأن يكون وقت الشراء معتقداً اعتقاداً خالصاً جازماً بأن العين التي اشتراها أو كسب عليها حقاً عيباً ملكاً خالصاً للبائع^(٣). والوقت المعتد به لتوافر حسن النية هو وقت إبرام عقد البيع مع المشتري من المريض مرض الموت، ويترتب على ذلك أن تحقق علمه بعد البيع، بأن العين المباعة ليست ملكاً خالصاً للبائع أو بمرض البائع الأصلي مرض الموت، أو بنقص الثمن عن قيمة المبيع بما تجاوز ثلث التركة لا يقدح في حسن نيته، ويتعذر بالتالي سريان حكم فسخ البيع الأصلي على العبر حسن النية.

وقد أخذت محكمة التمييز بمفهوم حسن النية على السجور المتقدم حيث جاء في حيثيات حكم لها وحيث أن محكمة الموضوع قد توصلت إلى أن المشتريين الآخرين بما فيهم شقيق المميرة (المدعى عليها) قد اشتروا قطع أراضيهم هذه بحسن نية وعللت حكمها في هذا الخصوص تعليلاً

(١) لم ينقص المشرع المدني من حقوق الورثة والدائنين فأجاز لهم الرجوع على المشتري من المريض بالفرق بين الثمن وقيمة المبيع، المادة ٢/٥٤٧ مدني أردني.

(٢) سليمان مرعس، المرجع السابق، ص ٧٨٩.

(٣) السنهوري، الوسيط، ج ٤، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

لا مأخذ لمحكمتنا عليه...^(١). وكانت المحكمة الموضوع قد اعتبرت أن جهل المشتري بمرض البائع الأصلي مرض الموت كامياً لتحقيق حسن النية في جانب المشتري وقد أقرتها في ذلك محكمة التمييز بالحكم المشار إليه.

وحسن النية لدى الغير لا بد أن يكون ناشئاً عن غلط عام معقول في صفة المتصرف بالمبيع على نحو يعتقد معه خلافاً للحقيقة بملكية هذا الشخص للمبيع أو للجزء الذي تقرر عدم الغلط فيه، مما يدفع للغير تحت تأثير هذا الاعتقاد الخاطئ إلى التعامل معه، وفي مثل هذه الحالة فإن نشوء الغلط في صفة المتصرف بالمبيع للغير هو أمر متصور إلى حد كبير، لأن من يتعامل مع المشتري من المريض مرض الموت يطمئن إلى ملكيته للمبيع، لأنها ملكية ناشئة عن عقد صحيح وهو ما يعطي الغلط في صفته قوة إضافية نظراً لوجاهة وقوة الركن المادي للظاهر.

ثالثاً: أن يكون الحق المكتسب حقاً عينياً بعوض:

فيجب أولاً أن يكون الحق المكتسب عينياً، كما لو كان حق ملكية أو انتفاع أو ارتفاق أو رهناً تأمينياً أو حيازياً كما يجب أن يكون اكتساب الغير للحق العيني لقاء عوض وبصورة فعلية، فإذا كان المبيع عقاراً وجب أن يتم تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري^(٢).

(١) تمييز حقوق ٨٢/٨٧١ مجلة نقابة المحامين الأردنيين سنة ١٩٨٢، الجزء الأول، لعددان الأول والثاني، ص ١٨٦.

(٢) محمد علي عمران، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، دراسة مقارنة، المكتبة الوطنية، بلغاري، ص ٣٩٠.

الفصل الرابع

أحكام المظاهر الأخرى للحماية

الفصل الرابع

أحكام المظاهر الأخرى للحماية

تمهيد وتقسيم:

إلى جانب مظاهر الحماية المستندة إلى نظرية الأوضاع الظاهرة، تقف مظاهر أخرى للحماية تتمثل بحماية الغير حسن النية في نطاق الصورية كما نصت على ذلك المادة (٣٦٨) من القانون المدني، وللحماية المقررة للغير حسن النية المستند إلى مركز قانوني والمتمثلة في حماية من اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدبنة، سواء خضعت للتصفية أم لم تخصص، وحماية من اكتسب حقاً على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته. ويقتضي البحث في أحكام هذين المطهرين تقسيم هذا الفصل إلى بحثين بحيث يتناول الأول أحكام الحماية في نطاق للصورية، في حين يتناول الثاني أحكام حماية الغير المستند إلى مركز قانوني.

المبحث الأول

أحكام حماية الغير حسن النية في نطاق الصورية

للاصورية هي لصطناع مظهر محالف للحقيقة لإخفاء وضع قانوني حقيقي يبقى مستتراً بين أطرافه، من شأنه إعدام أو تعديل آثار المظهر المخالف للحقيقة^(١)، وتعد حماية الغير حسن النية في إطار الصورية من لظهر مظاهر الحماية وأكثرها وقوعاً في الحياة العملية بسبب كثرة اللجوء إلى التصرفات الصورية.

ونقتضي دراسة حماية للغير حسن النية من آثار التصرف من الصورية الوقوف على من بعد غيراً في الصورية باعتباره موضوع الحماية في مطلب أول ثم بيان شروط حماية الغير في مطلب ثان ثم تحديد مضمون الحماية في مطلب ثالث، وسوف نعرض لهذه المطالب تباعاً.

المطلب الأول

مفهوم الغير في الصورية

إن البحث في مفهوم الغير بالنسبة لآثار الصورية يتطلب بيان فيما إذن كان مفهوم الغير بالنسبة لآثار الصورية يقتصر على الفئة التي حددتها القوانين المدنية والمتمثلة بالدائنين والخلعاء الحاصين أم يتسع ليشمل أشخاصاً ليسوا بدائنين أو خلعاء خاصين؟ إن الإجابة على هذا

(١) أنظر في تعريف الصورية وأنواعها كل من: أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٧، ص ٦٢ ٦٦. ومحمد الرعي، مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني، مرجع سابق، ص ١٨١. ومحمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٣٨٥-٣٨٧. ومنذر الفضل، المرجع السابق، ص ١١٩-١٢٢. ورمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢١٣-٢١٥. وعبدالقادر العار، شرح القانون المدني الأردني، ج ٢، أحكام الالتزام، ط. ١٩٩٧، ص ٨٤. وسامي عبدالله، المرجع السابق، ص ١٦٩ وما بعدها. وعبدالرزاق السهوري، الوسيط، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ١٠٧٤ وما بعدها.

التساؤل ليست سهلة، غير أن ما هو مفهوم بصورة قاطعة أن هناك فئات تعد غيراً بالنسبة لأثر للصورية بصورة يقينية دون خلاف في ذلك وهي الفئات التي حددتها المدونات المدنية بالدائنين والخلفاء الحاصين، وهناك فئات لم يحسم أمر اعتبارها غيراً بالنسبة لأثر للصورية حيث اختلفت في شأنها الآراء العقنية والاجتهادات القضائية، ومن الطبيعي أن يكون خارج هذا الإطار أشخاص لو فئات لا يمكن اعتبارها غيراً بالنسبة لأثر للصورية. وسوف نبحت في مفهوم الغير في للصورية في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الفئات المتيقن من اعتبارها غيراً بالنسبة لأثر للصورية

وهم الدائنون العاديون والخلفاء الخاصون للمتعاقدين، وقد اتحدت التشريعات المدنية في هذا التحديد^(١)، فنصت المادة (٣٦٨) من قانون أردني "إذا أبرم عقد صوري فلدائني للمتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد للصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستمر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم" واعتبار هاتين الطائفتين غيراً في الصورة بصورة يقينية يقوم على فكرة استقرار المعاملات القانونية بوجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصوري ولطمأن إليه معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فبني تعامله عليه^(٢). ومنسوح هاتين الطائفتين عبر البندين التاليين:

لولا: الدائنون العاديون لأطراف الصورية:

فيمد غيراً في للصورية الدائن الشخصي لكل من المتعاقدين ولو كان العقد الصوري عقد بيع مثلاً، فإن دائن البائع ودائن المشتري يعدان من الغير، وهذه الصفة تخول الدائن حق الطعن

(١) المواد ٢٤٤ من قانون مصري و ٢٤٥ من قانون سوري و ١٤٧ من قانون عراقي.

(٢) السنيهوري، الوسيط، ج ٢، المرجع السابق، ص ٧٨٨. وعبدالحكم فوده، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، ج ١، دار الفكر للجامعي، ١٩٦٨، ص ٨٠٧.

بتصرفات مدنية لأنه يغلب أن يكون تصرف المدين السوري بقصد إنقاص الصمان العام للدائنين وفي الوجهة المقابلة فإن هذه الصفة تعطي الدائن الحق في التمسك بالتصرف السوري إذا كان من شأن هذا التصرف زيادة للصمان العام لمدينه. وتثبت صفة الغير للدائن العادي سواء أكان دينه مستحق الأداء أم غير مستحق الأداء^(١) لأن عدم استحقاق الدين لا يحول دون شمول الدائن بالحماية من آثار التصرف السوري، بيد أن حق الدائن يشترط فيه أن يكون خالياً من النزاع^(٢)، بأن يكون ثابتاً في ذمة المدين^(٣). كما يعد الدائن العادي غيراً بالنسبة لأثر الصورية سواء كان حقه قد نشأ بتاريخ سابق للتصرف السوري أو بتاريخ لاحق له^(٤) لأن نص المادة (٣٦٨) جاء عاماً لجميع الدائنين، فضلاً عن أن هذا النص ورد في باب المحافظة على الصمان العام للدائنين، مما يعني عدم التفرقة بين دائن وآخر في الحماية من تصرفات المدين للضلالة

(١) أنور سلطان، أحكام الالتزام، للمرجع السابق، ص ٦٩. وعبدالحكم هوده، الموسوعة الماسية، ج ١، المرجع السابق، ص ٨٠٧. ومامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٢) مامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٣٣٨. ود. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٦٩. ورمضان أبو السمود، أحكام الالتزام، للمرجع السابق، ص ٢١٥.

(٣) رمضان أبو السمود، أحكام الالتزام، للمرجع السابق، ص ٢١٥.

(٤) في هذا الخصوص لختلف الشراح فبعض يعد غيراً من طائفة الدائنين العاديين بالنسبة لأثر الصورية. فيرى للسهوري أن الدائن العادي المعتبر غيراً بالنسبة لأثر الصورية هو الذي نشأ حقه بتاريخ لاحق للتصرف السوري، ويؤسس السهوري رأيه هذا على ما براه من أن أساس حماية الغير حسن النية في إطار الصورية يتمثل بنظرية الأوضاع الطاهرة وبالتالي فإن الدائن الذي يحدث بالطاهر هو الذي نشأ حقه بتاريخ لاحق للتصرف السوري. انظر السهوري، الوسيط، ج ٢، المرجع السابق، ص ٧٨٨-٧٨٩. في حين يرى غالبية الشراح أن الدائن العادي يعد غيراً بالنسبة لأثر الصورية سواء كان حقاً سابقاً على التصرف السوري أو لاحقاً له ومع أن معظمهم يميل لتأسيس حماية الغير حسن النية في إطار الصورية على نظرية الأوضاع الطاهرة فإنهم لم يقدموا تبريراً لحماية الدائن العادي الذي نشأ حقه قبل التصرف السوري إذ يستحيل في هذه الحالة القول بانخداعه من الطاهر. وبعض الشراح كالدكتور مأمون الكريزي يرى بأن الدائن العادي سواء كان حقه سابقاً على التصرف السوري أو لاحقاً له فإن يعد غيراً بالنسبة لأثر الصورية ويبرر رأيه هذا بالقول إن أساس الحماية هو العقوبة الخاصة التي توقع على المتعاقدين. انظر مأمون الكريزي، المرجع السابق، ص ٧٢. وما تقدم يوضح تناثر الاتجاهات الفقهاء في وضع

بمصالحتهم. وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية، حيث استقر اجتهادها على أن الدائن الشخصي للمتصرف السوري يعتبر من الغير في الصورية، ولا يشترط لقول طعنه في الصورية أن يكون حقه لاحقاً للتصرف السوري بل يصلح أن يكون سابقاً على هذا التصرف^(١).

ويقتد الدائن العادي صفته شيئاً بالنسبة لأثر الصورية إذا أقام دعوى غير مباشرة باسم مدينه، إذ يجوز لمن أقيمت عليه الدعوى غير المباشرة أن يحتج في مواجهة الدائن بالعقد المستتر^(٢)، إذ يسري في مواجهة الدائن في هذه الحالة ما يسري بمواجهة مدينه طالما أنه يباشر الحقوق العائدة له.

ثانياً: الخلف الخاص لطرفي الصورية:

الخلف الخاص هو من يخلف سلوكه في ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عيبياً على هذا الشيء^(٣)، فالمشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة بالذات يعد كل منهم خلفاً خاصاً للبائع والراهب والموصى في شيء معين، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة. وقد يكون الاستخلاف في حق عيني على الشيء، فصاحب الانتفاع خلف خاص لمن تلقى عنه هذا الحق، والدائن المرتهن خلف خاص للراهن في حق عيني واقع على عين معينة، كما يعد خلفاً خاصاً

«أسس قانوني لحماية الغير في إطار الصورية ويقطع بصحة ما ذهبنا إليه من أن الصورية تكفي بسلطانها أساساً لحماية الغير حسن النية، إذ أنها تقدم التبرير الكافي لحماية كل من تأثر بالتصرف السوري.

(١) نقص مدني مصري رقم ١٥٨ تاريخ ١٩٦٥/١٢/٩ مشار إليه لدى رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢١٥ ونقص مدني مصري رقم ٩١٥ تاريخ ١٩٧٨/٣/٣٠، مشار إليه لدى عبدالحكيم فوده، الموسوعة المسائية، المرجع السابق، ص ٨٠٨.

(٢) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

(٣) انور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٦٢١.

من يخلف سلفه في حق شخصي، كالمحال له، فهو خلف خاص للمحيل في الحق المحال به^(١). وبعد خلفاً خاصاً وبالتالي يعد غيراً بالنسبة لأثر الصورية خلف الخلف الخاص^(٢)، فإذا أبرم بيع صوري بين شخصين ثم قام المشتري مهماً ببيع العقار إلى شخص آخر، فإن هذا الأخير يعد خلفاً خاصاً للخلف ويجوز له التمسك بالعقد الصوري حتى نخلص له ملكية البيع. وكما هو الحال بالنسبة للدائنين العاديين فإن صفة الغيرية تعطي الخلف الحاص الحق في الطعن بالتصرفات الصورية الصادرة عن سلفه إذا كانت مضرّة بمصلحته، ومثال ذلك إذا تصرف شخص في عقار له مرتين بالبيع وكان التصرف الأول صورياً، فإن للمشتري الثاني بصفته غيراً الطعن بصورية هذا التصرف ولو كان مسجلاً حتى يتمكن من تسجيل عقده ولا يحول دون ذلك أن يكون تاريخ العقد لاحقاً لتاريخ العقد الأول الصوري^(٣)، وفي المقابل فإن صفة الغيرية ذاتها تعطي للخلف الحاص الحق في التمسك بالتصرف الصوري إذا كان محققاً لمصلحته، فالدائن المرتب باعتباره غيراً يستطيع أن يتمسك بالعقد الصوري الذي انتقلت بموجبه ملكية العقار لمدينه الراهن حتى يخلص له حق الرهن^(٤).

وبعد الخلف الحاص من الغير بالنسبة لأثر الصورية سواء كان حقه سابقاً على التصرف الصوري أم لاحقاً له، ففي الحالتين يجوز له الطعن بصورية تصرف سلفه أو التمسك به على النحو الذي نتحقق معه مصلحته^(٥).

(١) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٣٤١ خامس رقم (١).

(٢) صبري خاطر، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٣) رمصل أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢١٤.

(٤) صبري خاطر، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٥) السنهوري، الوسيط، ج ٢، المرجع السابق، ص ١٠٨٩. ومذكر الفصل، المرجع السابق، ص ١٢٢. وعبدالحكم فوده، الموسوعة الماسية، المرجع السابق، ص ٨٠٨. وأنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٦٩.

ويرى بعض الشراح أن صفة الغير بالنسبة لأثر الصورية تقتصر على الخلف الحاصل الذي اكتسب حقه على الشيء محل التصرف الصوري بتاريخ لاحق لهذا التصرف وأوردوا في تأييد هذا الرأي حججاً شتى، منها أن الحلف الحاصل الذي اكتسب حقاً على الشيء محل التصرف الصوري بتاريخ سابق على التصرف الصوري ليس في حاجة للحماية المقررة في القانون، لأن حقه تحميه قواعد التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية وقواعد القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية وقاعدة الحيازة بالنسبة للمنقول^(١).

كما احتج البعض الآخر بالقول أن الخلف الحاصل الذي اكتسب حقاً على الشيء محل التصرف الصوري بتاريخ سابق على هذا التصرف لم يحدع بالوضع الطاهر غير الحقيقي الذي اصطنعه أطراف التصرف الصوري^(٢).

وفي الرد على الحجة الأولى يقول إليه وإن كان صحيحاً أن التسجيل من شأنه حماية الحلف الخاص الذي اكتسب حقه على المال قبل التصرف الصوري فإن ذلك لا يلغي أية مصلحة لهذا الحلف للطعن بصورية تصرف سلفه اللاحق لتوث حقه المسجل، فمثلاً من مصلحة الدائن المرتهن أن يطعن بصورية تصرف سلفه الذي نقل بموجبه ملكية العقار المرهون إلى شخص آخر، ومصلحته تتمثل في أن يكفي نفسه مؤونة الدحول في إجراءات نزع الملكية في مواجهة الحائر للعقار. أما بالنسبة لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز فإنها لا تكفي لحماية الحلف الحاصل الذي ثبت حقه بتاريخ سابق على التصرف الصوري، لأنه ليس من

(١) هذا الرأي قال به أحمد رفعت، جعاجي في مؤلفه الصورية في التصرف القانوني، والمشار إليه لدى الباحث جوني مرزوقه في رسالته المشار إليها سابقاً، ص ١٩٩.

(٢) ما ذهب إليه مجدي حسين في رسالته للدكتوراه الموسومة بالصورية المشار إليها لدى الباحث جوني مرزوقه، المرجع السابق، ص ١٩٩. وفي ذات الاتجاه الفقيه الفرنسي فلافيان والمشار إليه في مؤلف الدكتور سامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٣٤٧ هامش رقم (٢).

الضروري أن يكون هذا المقول في حيازته، وبالنسبة للحجة الثانية فهي تستند إلى نظرية الأوضاع الظاهرة وذلك لقصر صفة الغيرية على الخلف الخاص الذي ثبت حقه بتاريخ لاحق على التصرف الصوري بحجة أنه انخدع بالظاهر المصطنع، وزيادة على ما ذكرناه في الرد على الحجة الأولى فإن نظرية الأوضاع الظاهرة لا تصلح أساساً لحماية الغير حسن النية من آثار الصورية لأنها لا تقم التبرير المناسب للعديد من الأمور المتعلقة بالحماية^(١)، فضلاً عن أن الخلف الخاص الذي اكتسب حقه بتاريخ سابق على التصرف الصوري لا تتحم لديه المصلحة في الطعن بتصرفات سلفه ولذلك يبدو غريباً وغير مقبول حرمانه من الطعن بتصرفات سلفه بحجة أنه لم ينخدع بالتصرف الصوري، كما أن التذرع بهذه الحجة لنزع صفة الغير عن الحلف الخاص السابق في ثبوت حقه على تاريخ التصرف الصوري من شأنه إفساح المجال لإبراء التصرفات الصورية.

ولا ينزع عن الخلف الخاص صفة الغيرية بالنسبة لأثر الصورية خلافته سلفه في حق شخصي، فبعد المحال له غيراً بالنسبة لتصرف سلفه (المحيل) الصوري والذي أكسبه حقاً على الشيء محل التصرف الصوري، فيجوز للمحال له باعتباره غيراً أن يتمسك بالتصرف الصوري حتى يستوفي دينه من الشيء محل التصرف الصوري، وفي المقابل لا يجوز للمحال عليه أن يحتج في مواجهة المحال له بصورية العقد، وأن العقد الحقيقي يبقى على الشيء محل التصرف في ملكيته^(٢).

(١) انظر آنفاً، عرضاً لمدى صلاحية نظرية الأوضاع الظاهرة كأساس قانوني لحماية الغير في الصورية،

ص ١٠٦-١٠٨.

(٢) السهوري، الوسيط، ج ٢، المرجع السابق، ص ١٠٩.

الفرع الثاني

الفئات الغير متيقن من اعتبارها غيراً بالنسبة لأثر الصورية

لا يقتصر أثر الصورية على الإضرار بحقوق الدائنين والخلفاء الخاصين لأطراف الصورية فحسب وإنما يتعداهم ليشمل فئات أخرى قد تتأثر حقوقها ومراكزها بأثار التصرف الصورية، وهذه الفئات تنحصر في الشفيع بالنسبة لعقد بيع العقار الصوري والمنفع في عقد الاسترط الصوري. فهذه الفئات مختلف بشأن اعتبارها غيراً بالنسبة لأثر الصورية، ومنشأ هذا الاختلاف هو لقتصار التشريعات المدنية في تحديد الغير بالنسبة لأثر للصورية على الدائنين العدليين والخلفاء الخصين. ويتطلب بيان فيما إذا كانت هذه الفئات تعد غيراً بالنسبة لأثر الصورية أم لا الوقوف على كل فئة على حدة فعرض لولا للشفيع فيما نبحث ثانياً للمنتفع من عقد الاسترط الصوري.

أولاً: الشفيع^(١):

قد يعمد المتعاقدان إلى إبرام عقد صوري، فيذكران فيه ثماً أقل من الثمن الحقيقي بغية دفع رسوم تسجيل أقل لو أن يذكر في ثماً أكبر من الثمن الحقيقي بغية حرمان الشفيع من تملك العقار المبيع بالشفعة أو أن يخفيا عقد الهبة الحقيقي بعقد بيع صوري لحرمان الشفيع أيضاً من تملك العقار أو أن يخفيا عقد الهبة الحقيقي بعقد بيع صوري. ففي جميع هذه الأحوال فإن للشفيع المصلحة في التمسك بأي من العقدین، ولا يستطيع العير أن يتمسك بأي من العقدین أيهما محققاً

(١) لا حاجة لبحث هذا الموضوع في نطاق القانون السوري لإلغائه حق للشفعة من إطار المعاملات المدنية.

لمصلحة إلا إذا كان من طائفة الغير بالنسبة لأثر الصورية، وقد انقسم الفقه في ذلك في اتجاهين:

١- اتجاه أول يرى أن الشفع لا يعد من الغير بالنسبة لأثر الصورية^(١). ويرر هذا الاتجاه رأيه بأن الغير في الصورية يقتصر على دائني المتعاقدين وحلفهما الخاص وذلك لأنهم هم الذين اعتمدوا على العقد الصوري واطمأنوا إليه معتقدين بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنوا تعاملهم عليه، كما أن الشفع ليس أجنبياً عن الصورية على اعتبار أنه قد استمد حقه من البيع الصوري، بالتالي لا يتصور حمايته من تصرف كان مصدر الحق الذي يدعيه^(٢)، ذلك أن الشفعة سبب يدخل في نفس البيع، الذي ذكر فيه الثمن للصوري فيكون كسب حقه بموجب العقد الصوري فلا يعتبر غيراً عن هذا العقد، ويرتب هذا الاتجاه على هذا الرأي نتيجة مفادها أن الشفع يسري بحقه دائماً للعقد الحقيقي بين المتعاقدين فلا يستطيع أن يتمسك بالعقد الصوري وإنما يجوز له الطعن بصوريته حتى يستند سريانه في حقه، وإذا كانت شروط البيع في العقد الصوري أفضل من شروط البيع الحقيقي فلو أن العقد الصوري عقد هبة يخفي عقد البيع الحقيقي بغية حرمان الشفع من تملك العقار بالشفعة، فإن الشفع لا يجوز له أن يتمسك بأي من العقدين أيهما محققاً لمصلحته وإنما له في هذه

(١) من أنصار هذا الرأي عبدالرزاق المدهوري، الوسيط، ج ٢، المرجع السابق، ص ١٠٩٢ وما يليها. ومحمود جمال الدين زكي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٨٢-٨٣.

(٢) في هذا الخصوص يقول الأستاذ المدهوري "لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بموجب هذا التصرف نفسه ولو اشترى شخصاً داراً من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتحقيق من رسوم التسجيل، فإن الشفع في هذه الدار لا يعتبر غيراً ولا يحق له التمسك بالثمن المذكور بالعقد للأحد بالشفعة بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أثبت أنه من البائع والمشتري، ذلك أن الشفع إنما كسب حقه بالشفعة، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه الثمن للصوري فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد" المدهوري، الوسيط، ج ٢، المرجع السابق، ص ١٠٩٢.

الحالة أن يطعن بصورية عقد الهبة، كما لا يستطيع الشفيع وفقاً لهذا الاتجاه أن يتمسك بالعقد الصوري إذا كان الثمن المسمى فيه أقل من الثمن الحقيقي، بل يسري العقد الحقيقي وما يتضمنه من ثمن.

٢- اتجاه ثانٍ ويرى أن الشفيع يعدّ غيراً بالنسبة لأثر الصورية^(١) فيرى هذا الاتجاه أن العير في الصورية لا يقتصر على الدائنين والخلف الخاص للمتعاقدين وإنما يشمل كل من لم يكن طرفاً في الصورية وله حقوق تأثرت بها سلباً أم إيجاباً. ويضيف أنصار هذا الرأي إلى أن اعتبار الشفيع من الغير بالنسبة لأثر الصورية لا يخالف منطق العيرية كما حدده أنصار الاتجاه الأول، لأن منطق العيرية في الصورية يقوم على مبدأ استقرار التعامل الذي يقضي بحماية كل من كسب حقاً بموجب التصرف للصوري بأن يكون له الحق بالتمسك به لا فرق في ذلك بين دائن أو خلف خاص أو شفيع أو غيره^(٢).

ويترتب على هذا الرأي أن يكون من حق الشفيع بوصفه غيراً أن يتمسك بالعقد الصوري إن كان محققاً لمصلحته، فيجوز له أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الوارد في العقد ولو كان ثمناً صورياً يقل عن الثمن الحقيقي كما أن له أن يشفع في البيع الصوري ولو كان في حقيقته هبة مستترة. وفي المقابل يجوز للشفيع أن يتمسك بالعقد الحقيقي إذا كان محققاً لمصلحته فيجوز له تبعاً لذلك أن يشفع بالمبيع بالثمن الوارد في العقد الحقيقي إذا كان أقل من الثمن المسمى في العقد الصوري.

(١) يمثل هذا الاتجاه سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٢، في الالتزامات، للمجلد الرابع، أحكام الالتزام العامة، ١٩٩٢، ص ٦٨٨. وإسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، -القاهرة، ١٩٧٦، ص ٢٣٢. وأنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٧٠. وسامي عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٥١. مندر الفضل، المرجع السابق، ص ١٢٢. ومبري خاطر، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٩٨.

ونرى أن هذا الاتجاه هو الأكثر انسجاماً مع مفهوم الغيرية بالنسبة لأثر الصورية حيث يجب أن يتحدد الغير بكل شخص لم يكن طرفاً في الصورية أو ممثلاً فيها أو حلفاً عاماً لأحد أطرافها وله حقوق تآثرت سلباً أو إيجاباً بالتصرف الصوري فيكون من مصلحته التمسك بالتصرف الصوري أو الطعن به.

كما يبرر هذا الاتجاه أن الشفع من الناحية العملية أحوج ما يكون للحماية من آثار الصورية، لأن الكثير من التصرفات الصورية الواردة على عقار غالباً ما تهدف إلى الحيلولة دون تملك الشفع للعقار المبيع كأن يخفي المتعاقدان عقد البيع الحقيقي بعقد هبة بلا عوض حيث لا تجوز الشفعة في هذه الحالة^(١)، أو أن يذكر المتعاقدان ثماً في العقد الصوري أكبر من الثمن المسمى في العقد الحقيقي، أو أن يقوم بشراء العقار شخص لا يجوز للشفع أن يشفع فيما يشتره^(٢) كأن يكون صهراً للبايع أو قريباً له حتى الدرجة الرابعة وهو في حقيقة الأمر ليس إلا شخصاً مسخراً من آخر بهدف قطع الطريق على الشفع من تملك العقار بالشفعة، وحماية الشفع في جميع هذه الأحوال لا تكون إلا باعتبارها غيراً بالنسبة لأثر الصورية مما يمكنه من التمسك بالتصرف الصوري أو الطعن به على النحو الذي نتحقق به مصلحته.

(١) وعلى ذلك استقر اجتهاد محكمة التمييز حيث جاء في حكم لها "إن الشفع له أن يدعي بأن الثمن المبين في العقد قد بولع فيه لتمجيذه عن أخذ العقار بالشفعة لأنه لم يكن طرفاً في العقد ولم يصدر عنه غش يمنع من هذا الادعاء" تمييز حقوق رقم ٧٤/١٠٠، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية منذ سنة ١٩٧١ حتى نهاية سنة ١٩٧٥، ج٣، إعداد المحامي منير مزلوي، ص ٦٢٣. وعلى هذا استقر اجتهاد محكمة النقض المصرية حيث جاء في حكم لها "الغير في الصورية هو كل ذي مصلحة ولو لم تكن بينه وبين المتعاقدين رابطة عقدية ولهذا الغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن" بقض مدني مصري رقم ١٩١ تاريخ ١٩٨٠/٣/٢٦ مشار إليه لدى عبدالحكم فوده، للمجموعة الماسية، المرجع السابق، ص ٨١١.

(٢) المادة ١١٦١ مدني أردني.

وبصفة عامة فإن هذا الاتجاه هو السائد قضاءً فقد استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية حيث جاء في حكم حديث لها^(١) من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الشيع باعباره من الغير الأخذ بالعقد الطاهر حتى لو كل في حقيقته عقداً صورياً بين عاقلين دون اعتداد قبله بالعقد الحقيقي المستتر إلا أن يكون سبب النية، أي يعلم بصورية العقد الطاهر وحقيقة العقد المستتر، وعلى من يدعي سوء نية الشيع إثبات ذلك، فإن عبء الإثبات يقع في هذه الحالة على عاتق المشفوع ضده بحيث إذا أُلحج في ذلك اعتد قبل الشيع بالعقد المستتر لما إذا أخفق ظلت الحجية للعقد الظاهر^(٢).

كما استقر على ذلك اجتهاد محكمة التمييز الأردنية حيث جاء في حكم حديث لها^(٣) يُعتبر الشيع من الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع ويجوز له أن يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية أن الثمن الوارد في عقد البيع ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع بها، بل هو ثمن صوري، توطأ عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة^(٤).

ويمكن القول زيادة على ما تقدم أن المشرع الأردني يعد الشيع غيراً بالنسبة لأثر للصورية، وما يؤكد صحة هذه الوجهة ما نصت عليه المادة (٢/١١٦٣) من القانون المدني حيث تنص "وتعصل المحكمة في كل نزاع يتعلق بالثمن الحقيقي للمقار المشفوع، ولها أن تمهل الشيع شهراً لدفع ما تطلب منه دفعه وإلاً بطلت الشفعة" فهذا النص تكريس قانوني لمبدأ عام يتمثل بعدم جواز الاحتجاج في مواجهة الشيع بالعقد الحقيقي المستتر، فيكون من حقه التمسك

(١) نقص مدني مصري رقم ١٤٥٠٠ لسنة ٥٠ تاريخ ٨٥/١/١٥ مشار إليه لدى المستشار مصطفى مجدي هرجة، للشفعة في سوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية، ١٩٩١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص ١٤٦. وجاء في حكم آخر لمحكمة النقض المصرية في هذا الخصوص "إن الشيع يعتبر من طائفة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع الذي يطلب الأخذ به بالشفعة، ومن ثم يجوز له التمسك بالثمن الظاهر متى كان حسن النية" نقص مدني مصري رقم ١٥١٥ تاريخ ١١/٢٧/١٩٧٥ مشار إليه لدى المستشار عرت محمد حنوره، نظرية الشفعة في القانون المصري، ١٩٨٧، ص ٢٥٣.

(٢) تمييز حقوق رقم ٩٨/٧٨٤، مجلة نقابة المحامين، للسنة السادسة والأربعين، ١٩٩٨، العددان العاشر والحادي عشر، ص ٣٦٩٥.

بالعقد الصوري وهو دليل واضح على إرادة المشرع الأردني باعتبار الشفيع من الغير.
ولا يخل بهذا لقول ما تنص عليه المادة الخامسة من قانون التصرف بالأموال غير
المقولة من أنه "لا تسمع دعاوى الموصعة والاسم المسنعار في الملك وسائر الأموال غير
المنقولة الموثقة بسندت تسجيل" لأن هذا النص وإن كان في ظاهره يفرض حظراً عاماً على
الادعاء بالصورية إذا كانت واقعة على أموال غير منقولة مسجلة، فإنها في حقيقتها تقصر هذا
المنع على أطراف الصورية حتى لا يحتاجوا في مواجهة بعضهم البعض بأوراق الصدد التي
تقوض آثار التصرفات الصورية^(١).

ثانياً: المنتفع في عقد الاشتراط الصوري:

المنتفع في عقد الاشتراط هو من يكسب حقاً مباشراً في مواجهة شخص يسمى المتعهد
بنتيجة تعاقد هذا الأخير مع شخص يسمى المشتراط والذي يدفعه لمثل هذا التعاقد وجود مصلحة
أدبية أو مادية نتحقق بمثل هذا الاشتراط^(٢).

وإذا كان المنتفع يعد غيراً بالنسبة لعقد الاشتراط الحقيقي على اعتبار أنه ليس طرفاً فيه،
وإن كان يكسبه حقاً، فهل يعتبر المنتفع غيراً بالنسبة لعقد اشتراط صوري على نحو يمكنه من
التمسك بهذا للعقد على الرغم من صوريته.

ولقد انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل في اتجاهين: يرى أولهما^(٣) أن المنتفع في

(١) انظر في هذا الخصوص محمد الزعبي، مدى قوة تسجيل البيوع العقارية، مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٢) نصت المادة ٢١٠ من دس الأردني بأنه "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير
إذا كان له في تنفيذها مصلحة شخصية مادية كانت أم أدبية، ٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب
الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط فيستطيع أن يطالبه وفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون
لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد، ٣- ويجوز أيضاً للمشتراط أن يطالب بتنفيذ
ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو صاحب الحق في ذلك".

(٣) السدهوري، الوسيط ج ٢، للمرجع السابق، ص ١٠٩٢-١٠٩٤. وسليمان مرقص، أحكام الالتزام، المرجع
السابق، ص ٦٨٩. وسامي عبدالله، للمرجع السابق، ص ٣٥٧.

عند الاشتراط الصوري لا يعد غيراً بالنسبة لهذا العقد على الإطلاق، فيجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورية حتى لو كان حسن النية لا يعلم بالصورية، ويبرر هذا الاتجاه بأنه بالقول إن المنتفع لا يعتبر غيراً لأنه استمد حقه من العقد الصوري وشرط العير في الصورية ألا يكون حقه الذي يراد حمايته من الصورية، مصدره للعقد الصوري ذاته.

أما الاتجاه الثاني^(١) فيرى أن المنتفع في عقد الاشتراط الصوري يعد غيراً بالنسبة لهذا العقد ويجوز له التمسك به وبالتالي عدم جواز احتجاج المتعهد في مواجهته بصورية العقد. ويستند هذا الاتجاه إلى ذات الرأي الذي ساقه في معرض دفاعه عن اعتبار الشفيع غيراً بالنسبة لأثر الصورية، من أن الغير في الصورية يشمل كل من لم يكن طرفاً أو ممثلاً فيها وله مصلحة أو حقوق تأثرت سلباً أم إيجاباً، فضلاً عن أن منطق العيرية في الصورية لا يشترط فيه أن يكون الغير قد اكتسب حقه بسبب يغاير التصرف الصوري إذ لا يجوز تعميم هذا الشرط واعتباره لازماً لاكتساب صفة العير في الصورية، وإنما يتحدد العير وفقاً لمبدأ استقرار التعامل الذي يهدف إلى حماية كل من وثق بالتصرف الصوري واعتمد عليه.

ونرى برجحان الرأي الثاني، ونصيف على ما ساقوه من مبررات أن المنتفع متى أعلن إلى المشتري رغبته في الاستفادة من المشاركة، أصبح حقه قطعياً في مواجهة المتعهد وغير قابل للنقض من قبل للمشتري أو ورثته، مما يمكن معه اعتباره دائماً للمعهد، فثبت له في مواجهة المتعهد حق شخصي مباشر تحميه دعوى مباشرة يرفعها باسمه الشخصي وليس باسم المشتري^(٢).

(١) يمثل هذا الاتجاه إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٨. ومجدي حسن خليل، مشار إليه لدى جوني مرزوقه، للمرجع السابق، ص ٢١١، هامش رقم (٢).

(٢) انظر: عبدالفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، ص ٥٩٨-٥٩٩. ويرى عبدالباقي علاوة على ما تقدم بأن المنتفع يتراحم مع دائلي المتعهد في استيفاء حقه من أموال المتعهد.

المطلب الثاني

شروط الحماية

غني عن البيان، أن صفة العيرية، لا تكفي وحدها للاستفادة من الحماية الاستثنائية من آثار الصورية، بل يتعين توافر شروط أخرى في العير كي يصبح جديراً بهذه الحماية وهذه الشروط تتمثل بأن يكون الغير حسن النية وله مصلحة مشروعة للتمسك بالصورية على أطراف العقد. ومنعروض لهذين الشرطين تبعاً عبر الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أن يكون الغير حسن النية

إن المقصود بحسن النية الذي يتيح للغير للتمسك بالعقد الصوري خلافاً للأصل القاصي بالاعتداد بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، أن يكون هذا الغير غير عالم بالصورية وقت تعامله مع أحد أطرافها أي في الوقت الذي نشأ فيه حقه^(١). وعدم العلم بالصورية هو الجهل بالعقد المستتر وقت التعامل مع أحد أطراف الصورية. ويترتب على ذلك أن علم الغير بوجود العقد المستتر وقت تعامله مع أحد طرفي الصورية يفي عنه حسن النية ويحول دون إسباغ الحماية عليه، فلا يعود بإمكانه التمسك بمضمون الحماية كما حددتها المادة (٣٦٨) مدني. فلا يقبل من الغير التمسك بجهله للصورية، ذلك أن تسجيل العقد المستتر أو إشهاره يفقده صفة الحفاء، لأن مقتضى التسجيل أو الإشهار أن تنهص قرينة فاطحة بعلم للكافة بما تم تسجيله، فلا يستطيع العير بعد ذلك

(١) السهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ١١٠١. وأور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٧٢. وصبري حاطر، المرجع السابق، ص ١٩٩. وسامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٣٦٠. وعبدالحكم قوده، الموسوعة الماسية، المرجع السابق، ص ٨١٤.

إثبت العكس^(١). فيما يرى جانب من الشراح أن تسجيل العقد المستتر أو إشهاره لا يقوم بداته
قربة قاطعة على علم الغير به، فيمكن للغير أن يثبت عكس هذه القرينة بكافة طرق الإثبات،
وذلك لكون التسجيل ليس من شأنه أن يظهر حفاء العقد المستتر، أو بصفي عليه صفة العلانية
فيبقى مستتراً فضلاً عن أن مفاعيل التسجيل تؤدي إلى اعتباره حجة على الكافة وليس علمهم
به^(٢).

ومن جانباً، فإنه وعلى الرغم من ندرة إقدام المتعاقدين على تسجيل العقد الحقيقي فإننا
نرى - وعلى فرص وقوع ذلك - أنه ينبغي التفرقة بين ما إذا كان حق الغير قد نشأ بتاريخ سابق
على التصرف الصوري أو أنه نشأ بتاريخ لاحق له. فإذا كان حق الغير قد نشأ بتاريخ سبق
على التصرف الصوري، فلا عبرة عندئذ بتسجيل العقد الحقيقي، لأن الوقت المعتمد به لثبوت
حسن النية لدى الغير هو وقت التعامل مع أطراف الصورية، وذلك بأن يجهل وجود عقد مستتر
وقت التعامل مع أطراف للصورية. أما إذا كان تاريخ نشوء حق الغير لاحق للتصرف الصوري
فيجب التفرقة بين الغير الذي تلزمه طبيعة تعامله مع أحد طرفي الصورية بالاطلاع على السجل
العقاري أو سجل المركبات، وبين الغير الذي لا يقع على عاتقه هذا الالتزام. فيعتبر تسجيل العقد
الحقيقي قربة قاطعة بالنسبة لفئة الأغيار الذي يجب عليهم الكشف في السجلات مثل المشتري
للعقار أو الدائن المرتهن وكل من يريد اكتساب حق عقاري، وفيما خلا هؤلاء، كالسدائين

(١) من هذا الرأي، الأستاذة إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٠. وأنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع
السابق، ص ٧٢. ورمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٢١٩. وفي هذا الاتجاه قصت
محكمة النقض المصرية بأل شهر العقد المستتر بعد قرينة قاطعة على العلم به، وبالتالي لا تتحقق حسن
النية. نقض منبني مصري، بدون رقم، تاريخ ١٩٧٧/١/٣١، مشار إليه لدى رمضان أبو السعود، أحكام
الالتزام، المرجع السابق، ص ٢١٩.

(٢) في هذا الاتجاه الأستاذة عبدالرزاق السهيوري، الوسيط، ح ٢، المرجع السابق، ص ١١٠١ - ١١٠٢. ومأمون
الكريبي، المرجع السابق، ص ٦٩ - ٧١.

العديدين والذي لا يلقي على عاتقهم الكشف في السجلات فإننا نرى عدم اعتبار تسجيل العقد الحقيقي قرينة قاطعة على علمهم به.

أما بالنسبة للوقت الذي يشترط فيه توافر حسن النية لدى الغير، فهو وقت تعامله مع أحد أطراف الصورية، فيكفي أن يجهل الغير وجود العقد المستتر وقت تعامله حتى يعتبر حسن النية، ويتركب على هذا التحديد نتيجة هامة مفادها أن الغير يبقى حسن النية حتى لو علم بوجود العقد الحقيقي بعد إجرائه للتعامل مع أحد طرفي الصورية^(١). فإذا كان الغير دائناً شخصياً للمشتري وكان التصرف الصوري مائناً على نشوء حقه، وجب أن يكون وقت أن أصبح دائناً للمشتري معتقداً أن التصرف الصوري الذي سبق نشوء حقه تصرفاً حقيقياً، فاطمأن إليه وتعامل مع المشتري على أساسه، أما إذا كان حق الغير سابقاً في نشوئه على تاريخ وقوع التصرف الصوري، فحسن النية المطلوب منه هو اعتقاده وقت علمه بصدور التصرف الصوري أنه تصرف حقيقي -وبصورة أوضح- أن يكون جهله بالصورية وقت صدور التصرف للصوري. أما بالنسبة للمشتري فيكفي أن يكون جاهلاً بوجود العقد الحقيقي وقت إعلان رغبته بالشفعة^(٢)، أما المستفاد في عقد الاشتراط الصوري، فيكون حسن النية إذا كان جاهلاً بالعقد الحقيقي وقت إعلان رغبته إلى المشتري بالاستفادة من المشاركة. ولا بد من الإشارة إلى أن حسن النية مطلوب فقط في الحالة التي يتمسك فيها الغير بالعقد الصوري، أما إذا أراد التمسك بالعقد الحقيقي فله ذلك سواء كان عالماً بحقيقة هذا العقد أم لم يكن عالماً، ولعل السبب في ذلك في أن تمسك الغير بالعقد الصوري استثناء على القاعدة العامة، ولا سبيل لإعمال هذا الاستثناء إلا بتوافر حسن النية لدى الغير.

(١) السدهوري، الوسيط ج ٢، المرجع السابق، ص ١١٠٢. وإسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

ومن نافلة القول أن نشير إلى أن حسن النية مفترض في العير، فيتوجب على من يدعي عكسه إثبات ما يدعيه وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات على اعتبار أن حسن النية من مسائل الواقع التي يحوز إثباتها بكافة الطرق.

الفرع الثاني

وجود مصلحة مشروعة في الاحتجاج بالصورية

وذلك بأن يكون غرض العير من الاحتجاج بالصورية على أطراف العقد الدفاع عن حقه ومصلحته ورفع الضرر اللاحق به من جراء الصورية^(١)، وله في سبيل ذلك أن يثبت أن الصورية ستكون بالتأكيد ضارة بحقوقه^(٢) دون أن يثبت وقوع ضرر فعلي حال يلحق به نتيجة الصورية، إذ يكفي احتمال حصول الضرر. أما إذا كان قصد الغير من الاحتجاج بالصورية، الإضرار بأطراف العقد والتشهير بهم، فإن ذلك لا يعد من قبيل المصلحة للمشروعة فلا يسوغ له بالتالي التمسك بحمايته من آثار الصورية. كما أن مصلحة الغير في التمسك بحمايته من آثار الصورية تنقضي كلياً إذا تم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الحقيقي^(٣)، لأن هذه الحماية لا تصل إلى حد إبطال الآثار القانونية المشروعة التي ترتبت على العقد الحقيقي. ولتوضيح ذلك، إذا التزم المدين في العقد الحقيقي بدفع مبلغ أكبر من المبلغ المذكور في العقد الصوري وقام بدفع هذا المبلغ فعلاً، فليس للدائن أن يقيم الدعوى لاسترداد الفرق بين المبلغين بحجة أنه يتمسك بالعقد الصوري^(٤).

(١) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٣٧٣.

(٢) صبري خاطر، المرجع السابق، ص ١٩٩.

(٣) السلهوري، الوسيط، ج ٢، للمرجع السابق، ص ١١٠٠، هامش رقم (٢).

(٤) انظر: سامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٣٧٥.

المطلب الثالث

مضمون الحماية

يتحدد مضمون حماية الغير حسن النية بالنسبة لأثار الصورية بثبوت حق الخيار له بالتمسك بأي من العقدين الصوري أو الحقيقي، أيهما محققاً لمصلحته. وقد نصت على ذلك المادة ٣٦٨ من القانون المدني "١- إذ أبرم عقد صوري، فلداثني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أصر بهم، ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الطاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين"^(١).

وعلى هدي التنظيم التشريعي لمضمون حماية الغير حسن النية من آثار الصورية فسوف ندرس هذا المضمون عبر ثلاثة فروع نعرض في أولها لحق الغير في التمسك بالعقد الصوري، وفي ثانيها لحقه في التمسك بالعقد الحقيقي، ثم نعرض في الفرع الثالث لمضمون الحماية في حالة تعارض مصالح الأغيار.

الفرع الأول

حق الغير في التمسك بالعقد الصوري

بعد هذا الخيار جوهر حماية للغير حسن النية من آثار التصرفات الصورية بشكل عام، وذلك لكونه بشكل خروجاً على حكم القواعد العامة القاضية بإعمال الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. ويمكن القول أن المشرع الأردني شأنه شأن التشريعات المدنية التي أعطت للغير هذا الخيار قد سلك مسلكاً توفيقياً بين الإرادة الطاهرة والإرادة الباطنة بهدف حماية استقرار المتعامل والحيلولة دون استغلال التصرفات الصورية للإضرار بمصالح الغير^(٢).

(١) تقابل المواد ٢٤٤ مدني مصري و ٢٤٥ مدني سوري و ١٤٧ مدني عراقي.

(٢) لم تعط بعض التشريعات المدنية الغير حق الخيار بين العقد الصوري والعقد المستتر وجاء موقفها في ذلك متفاوتاً حيث قصت بعض التشريعات المدنية كالقانون الجزائري بسريان المقد الطاهر في حق الغير وبما ذه في حق المتعاقدين ومن خلفهما ، في حين لم تعط بعض التشريعات كالتشريع الألماني هذا الحق للغير،

وتستبين مصلحة الغير في التمسك بالعقد للصوري في صور شتى كمصلحة دائن المشتري الصوري في التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع في الصمان العام لمدينه، وأيضاً مصلحة الخلف الخاص للمشتري الصوري في التمسك بعقد سلفه للصوري حتى تنتقل إليه ملكية المبيع. كذلك نتضح مصلحة الدائن المرتهن في التمسك بالعقد للصوري إذا كان من شأنه نقل ملكية العقار أو المنقول لمدينه للراهن حتى يخلص له حق الرهن، كما يثبت هذا الحق لصاحب حق الانتفاع وحق الارتفاق فلم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر حيث يعتبر الحق مستقلاً إليهم من مالكة. ويترتب على تمسك الغير بالعقد للصوري ألا يكون بمقدور المتعاقدين الاحتجاج في مواجهة العقد الحقيقي فلا يكون للبائع إذا ما نازعه دائر المشتري أو خلفه الخاص أن يثبت بملكية المبيع أو بكامل الثمن متذرعاً بوجود تصرف حقيقي يلغي آثار التصرف الصوري كإيه أو يحدد الثمن الحقيقي للمبيع، ويمكن بالتالي لدائن المشتري الصوري أو خلفه الخاص من التنفيذ على العين المشتراة صورياً، حتى لو كان حقه مترتباً بذمة المشتري قبل حصول الشراء للصوري كما سبق القول.

ومن البديهي أن العقد الصوري إذا ورد على عقار وتم تسجيله أو إذا ورد على منقول مما يتطلب الأمر تسجيله وتمسك به الغير فإنه يعتبر حجة في مواجهة المتعاقدين إعمالاً لحكم القواعد العامة في للصورية التي تعطي الغير حق التمسك بالعقد للصوري متى كان محققاً لمصلحته.

إلا أن الصعوبة تنثور عندما يتمسك الغير حسن النية بالعقد الصوري في حين كان المتعاقدان قد بادرا إلى تسجيل العقد الحقيقي. وعلى الرغم من ندرة وقوع هذا الفرض لأن

حققت بإعمال الإرادة الحقيقية للمتعاقدين سواء في العلاقة فيما بين المتعاقدين أو فيما بينهم وبين الغير. ويلاحظ أن هذا المسلك يبدو غريباً بالنظر إلى الاتجاه العام للمشرع الألماني الذي يوصف بأنه موضوعي التبعة ويهدف بشكل عام إلى استقرار التعامل، بل وأن نظرية الأوصاع الظاهرة وما تنطوي عليه من الإعراض عن مبدأ سلطان الإرادة يعود للفصل في بلورتها واتساع نطاقها إلى الفقه والقضاء الألمانيين. إلا أن ما يبرر هذا الموقف للمشرع الألماني هو رفضه لفكرة الصورية القاتمة على أن التصرف الصوري ليس بوسعه إكساب أي حقاً أو تحميله التزاماً سواء كان علناً أم سراً.

تسجيل العقد الحقيقي لا يحقق الغاية التي يتوخاها المتعاقدان الصوريان من إبرام التصرف الصوري، إلا أنه يمثل إشكالية كبرى تعترض حماية العير حسن النية من آثار التصرفات الصورية. ولقد سبق أن أشرنا إلى هذا الموضوع عند بحث حسن نية الغير المراد حمايته من آثار الصورية وتوصلنا إلى أن غالبية الفقه يميل إلى اعتبار العقد المسجل أو الذي تم إشهاره حجة في مواجهة الكفة. وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية حيث جاء في قرار لها للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الطاهر متى كان هذا العقد في مصلحته ولا يجوز أن يحتاج بورقة غير مسجلة تنفيذ صورية عقد البائع له متى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد^(١). وفي هذا الصدد نسوق ما سبق أن أبديناه في سياق معالجتنا لمدى توافق حسن نية الغير إذا كان العقد الحقيقي ممجلاً، فنرى أنه ينبغي التفرقة بين العير الذي كان تاريخ نشوء حقه أسبق من التصرف للصوري وتاريخ تسجيل العقد الحقيقي وبين العير الذي كان تاريخ نشوء حقه لاحقاً لتسجيل العقد المستتر، فالأول نقصي قواعد العدالة عدم إدراجه فيمن يحتج في مواجهتهم بالعقد الحقيقي المسجل، فضلاً عن أن التسجيل لا يحصن الحقوق ولا يجعلها حجة في مواجهة الكافة من تاريخ وقوعه. وعليه نرى الأخذ بعين الاعتبار هذه التفرقة.

الفرع الثاني

حق الغير في التمسك بالعقد المستتر (الحقيقي)

الأصل، وجوب إعمال العقد المستتر، لأنه العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة العاقدين، ولذلك يجوز للغير إذا كانت له مصلحة في ذلك أن يتمسك بالعقد الحقيقي وأن يطعن بصورية

(١) نقص مني مصري رقم ٧٠/٤٨٥ تاريخ ١٩٧١/٤/٢١ مشار إليه لدى: معوض عبدالقواب، للشبهة للصورية وفقاً لقضاء النقض، للمرجع السابق، ص ٢٤٧.

العقد الظاهر بكافة طرق الإثبات، وله أن يتمسك بالعقد الحقيقي حتى لو كان يجهل وجوده في أول الأمر وأعتقد أن للعقد الظاهر هو عقد جدي^(١).

وتظهر مصلحة الغير في التمسك بالعقد المستتر في حالات كثيرة كمصلحة دائن البائع في التمسك بالعقد المستتر إذا كانت للصورية مطلقة، حتى لا يخرج المبيع من ضمانة العام، ومصلحته إذا كانت الصورية نسبية، بأن كان التصرف هبة تمت في شكل بيع بأن يتمسك بحقيقة العقد، حتى يسهل عليه الطعن فيه بدعوى بطلان التصرفات دون أن يكلف بإثبات غش المدين وعلم من صدر له بالتصرف بذلك^(٢)، ومن قبيل المصلحة في التمسك بالعقد المستتر، تمسك الشفيع به إذا كان للثمن الوارد فيه أقل من الثمن الوارد في العقد الصوري، كما تتضح مصلحة الحلف الخاص، كالمشتري أو الدائن المرتهن في الطعن بصورية التصرف الصوري الصادر من السلف أو المدين الراهن إلى شخص ثالث، حتى لا يسري هذا التصرف في مواجهته، وحتى ينتقل إليه الحق الذي تصرف فيه إلى سله.

إلا أن تمسك الغير بالعقد المستتر قد يجابه من قبل العاقدين بتسجيل العقد للصوري، وبالتالي يثور التساؤل: هل يُحتج بالعقد الصوري المسجل إذا كان وارداً على عقار تم تسجيله أو على منقول مما يجب تسجيله، في مواجهة الغير؟

إن هذا التساؤل لا يثير أي إشكال في ظل القانون المصري والسوري، حيث لم يتضمنما نصوصاً تعالج هذا الموضوع مما ترك الأمر للاجتهاد القضائي للبت فيه، ويمكن القول إن لاجتهاد محكمة النقض المصرية مستقر على أن للغير حسن النية الطعن في صورية العقود حتى لو كانت مسجلة، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى كان العقد صورياً فإنه لا يكون

(١) سامي عبدالله، للمرجع السابق، ص ٣٧٦.

(٢) رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، للمرجع السابق، ص ٢١٧-٢١٨.

له وجود قانوني، فتسجيله وعدمه سياتي، ولكل دائن أن يتجاهله رغم تسجيله^(١). وقضت في حكم آخر "من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنه يجوز لمن كسب من البائع حقاً على المبيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع الصادر عن سلفه ليزيل جميع العوائق القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلاً"^(٢)، في حين قضت محكمة النقض السورية "إن للعقود المسجلة في السجل العقاري تحصص للقواعد العامة للعقود ولا شيء يحول دون الادعاء بصورتها"^(٣).

وفي الجهة المقابلة فإن المشرع العراقي منع الطعن بصورية للعقود الواردة على العقارات إذا تم تسجيلها في دائرة الطابو وذلك حسيماً نصت عليه المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي حيث نصت "لا يجوز للطعن في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو".

ويرى شراح القانون المدني العراقي أن هذا المنع يتعلق بالمتعاقدين والغير، لا يجوز للغير إذا ما أراد التمسك بالعقد الحقيقي غير المسجل أن يطعن بصورية العقد الصوري المسجل، لأن العقد الصوري يمثل الحقيقة متى ما سجل، فضلاً عن أن المنع من الطعن بصورية للعقد المسجل يتماشى مع ضرورة تحقيق استقرار المعاملات^(٤).

(١) نقص مدني مصري رقم ٩٠٧ تاريخ ١٧/١/١٩٨٥ مشار إليه لدى محمد شتا أبو سعد، للصورية في ضوء قضاء النقض، ١٩٨٣، ص ١٢.

(٢) نقص مدني مصري رقم ١٨١٠ تاريخ ٢٩/١/١٩٨٦ مشار إليه لدى محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص ١٠.

(٣) نقص مدني سوري رقم ١٧١٤ تاريخ ٣٠/١٢/١٩٨٦ مشار إليه لدى سامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٣٧٨.

(٤) انظر: صبري خاطر، المرجع السابق، ص ١٩٨. ومذكر الفصل، المرجع السابق، ص ١١٧. وفي هذا الاتجاه سار اجتهاد محكمة التمييز العراقية حيث جاء في حكم لها في هذا الخصوص "إن الثمن السدي-

أما بالنسبة للقانون الأردني فإن المادة الخامسة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة قد حظرت الطعن بصورية العقود الواردة على الأموال غير المنقولة الموثقة بسندات تسجيل حيث تنص "ولا تسمع دعاوى المواقعة والاسم المستعار في الملك وسائر الأموال غير المنقولة إذا كانت موثقة بسندات تسجيل" وإزاء عمومية النص أعلاه فإن التساؤل يثور حول مدى انطباقه على الغير؟ وهل يتمتع عليه للطعن بصورية العقود الموثقة بسندات تسجيل؟

لقد تم معالجة هذا التساؤل في إطار فقهي وقضائي، فعلى صعيد الفقه، يرى الدكتور محمد الزعبي أن المنع الوارد في المادة الخامسة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة يتعلق بالمتعاقدين فقط، أما غير المتعاقدين فلا يمنع من الادعاء بالصورية التي لم يكونوا طرفاً فيها، خاصة إذا كانت محاولة من أطراف الصورية لتهريب أموالهم من وجه السدائنين، الذين يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف الصوري، سواء أكانوا من دائني البائع أو المشتري^(١).

أما على صعيد القضاء فقد وازعت محكمة التمييز بين المادة الخامسة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة وبين المادة السابعة من قانون البيّنات، فإذا كان العقد الصوري الذي تم تسجيله مما يمكن اعتباره سنداً رسمياً بحسب المادة (٢/٧) من قانون البيّنات وهي السندات التي يدون الموظف العام البيانات الواردة فيها بناءً على ما سمعه من أصحاب العلاقة دون أن يكون قد شاهدها أو تحرى عن صحتها والمتعلقة غالباً بموضوع السند، وهذه السندات ليس لها حجية مطلقة فيجوز إثبات عكسها. والبيانات الواردة غالباً ما تتعلق بنوع التصرف أو بمقدار الثمن أو بقبضه. وفي ذلك قصت محكمة التمييز "أن عقد البيع الذي يجري أمام دائرة التسجيل وإن كان

^(١) على الشفيع إيداعه في صندوق المحكمة هو القيمة المدرجة في سند التسجيل العقاري" تمييز عراقي رقم ٧٦/٢/٣٤٣، مشار إليه لدى: صبري خاطر، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(١) محمد الزعبي، مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني، المرجع السابق، ص ١٧٨-١٧٩، هامش رقم (٦٦).

من الأوراق الرسمية إلا أن بعض بياناته يتم تدوينها من الموظف المختص بناءً على ما ورد على لسان ذوي الشأن ومن ذلك الثمن المسمى، ومثل هذه البيانات يجوز إثبات عكسها رغم أنها من الأوراق الرسمية عملاً بالمادة (٢/٧) من قانون البيئات^(١). وفي حكم آخر "استقر الاجتهاد على أن الادعاء من أحد طرفي العقد بصورية الثمن الوارد في العقد الرسمي هو ادعاء غير مسموع تجاه الغير"^(٢).

وبترتب على استقرار اجتهاد محكمة التمييز السالف بيانه، أن العقود الصورية -مما يمكن اعتباره إسناداً رسمية بحسب المادة ١/٧ من قانون البيئات- لا يجوز الطعن بصورتها لأنها تتطوي على بيانات تم تنظيمها من قبل موظف رسمي تولى ضبطها بنفسه أو وقعت من ذوي الشأن بحضوره، كتاريخ السند الرسمي، أو الإقرار بقبض الثمن أو تسليم للمبيع، فهذه السندات تحوز حجية مطلقة ولا يمكن إثبات عكسها إلا بطريق التزوير.

وظاهر مدى المرونة التي اتسمت بها المعالجة الفقهية والقضائية في الأردن لحق العير في الطعن بصورية العقود المسجلة، على الرغم من أن التسجيل في ظل القانون المدني الأردني يعد وسيلة لكسب الحقوق سواء تعلق الأمر بعقار أو بمنقول له سجلات خاصة. وعلى هذا نصت المادة (١١٤٨) من القانون المدني الأردني على أنه "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به".

(١) تمييز حقوق رقم ٩٨/٧٨٤ تاريخ ١٩٩٨/٥/٣١، مجلة نقابة المحامين، السنة السادسة والأربعين، العدد العاشر والحادي عشر، ص ٣٦٩٥.

(٢) تمييز حقوق رقم ١٥/٢٦٨، مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٨٨، ص ٢٨٢.

الفرع الثالث

التعارض بين مصالح الأغيار

قد نجد غيراً له مصلحة بالتمسك بالعقد السوري وغيراً آخر له مصلحة بالتمسك بالعقد المستتر، ففي حالة البيع السوري، يكون من مصلحة دائني البائع السوري التمسك بالاتفاق الحقيقي وإثبات صورية البيع لإبقاء المبيع في ذمة مدينهم تمهيداً للتنفيذ عليه، في حين أن دائني المشتري السوري يكون من مصلحتهم التمسك بالعقد السوري حتى يدخل المسال في ذمة مدينهم، وقد يقوم التعارض ذاته بين خلف خاص تلقى حقه من البائع السوري وخلف خاص آخر تلقى حقه من المشتري السوري، وقد يكون التعارض بين مصالح الخلف الخاص لأحد المتعاقدين السوريين ودائن العاقد الآخر.

ومن الطبيعي أنه في مثل هذه الحالة لا يمكن الأخذ بالعقدين معاً، فلا بد من تعليق مصلحة أحد الأغيار على مصلحة غير سواء لاستحالة الاعتداد بالعقدين المتعارضين أو حتى التوفيق بينهما.

وقد حسم المشرع الأردني هذا الأمر عندما نص صراحة في المادة (٣٦٩) مني على تفضيل مصالح الأغيار الذين يتمسكون بالعقد السوري فنص على أنه "إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين"^(١). ويترتب على ذلك أن دائن المشتري في البيع السوري يفضل على دائن البائع، فيستطيع التنفيذ على العين المبيعة صورياً متمسكاً بالعقد السوري، ويمتنع على دائن البائع أن ينفذ على هذه العين^(٢). ويترتب على ذلك أيضاً أن من كسب حقاً عينياً من المشتري السوري

(١) تقابل المواد ٢/٢٤٤ مني مصري و ٢/٢٤٥ مني سوري و ٢/١٤٧ مني عراقي.

(٢) انظر: عبدالحكم فودة، الموسوعة الماسية، ج ١، المرجع السابق، ص ٨١٥.

يفصل على من كسب حقاً عينياً من البائع السوري ولو أن النائع بعد أن صدر منه البيع السوري باع مرة أخرى ببيعاً جدياً لمشتري آخر وسجل هذا المشتري عقده ثم باع المشتري السوري بعد ذلك العين محل التصرف السوري إلى مشتري ثانٍ، فإن المشتري من المشتري يفصل على المشتري من البائع، بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل عقده أولاً لأن كلا منهما لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى التسجيل حتى يفضل السابق إليه، فهما لم يتلقيا الحق من شخص واحد فهكون بالتالي بصدد تنازع ما بين الأغيار بالنسبة إلى للصورية، فيفضل من يمسك بالعقد السوري وهو الذي تمسك به المشتري من المشتري^(١).

ومن نافلة القول إن نشير إلى أن هذا المملاك التشريعي يرتب العديد من النتائج غير المقبولة أو التي يصعب تبريرها كتفضيل الموهوب له من المشتري السوري على دائن البائع للصوري رغم أن هذا التفضيل يؤدي إلى اغتاء الموهوب له على حساب الدائن^(٢).

ومن النتائج العربية التي تترتب على هذه التفرقة بين طوائف الأغيار هو إغفال حسن النية في جانب الأغيار الذين تمسكوا بالعقد الحقيقي، وكذلك تفضيل طائفة من الغير ثبت حقها قبل التصرف السوري على طائفة أخرى ثبت حقها بعد التصرف السوري، كتفضيل دائن المشتري للصوري إذا كان حقه قد ثبت قبل حصول البيع السوري للمدين، على دائن البائع للصوري رغم أن الأول لم يكن يعتمد في حقه، عند نشوئه على ملكية مدينة للصورية^(٣).

(١) السنيهوري، الوسيط، ج٢، للمرجع السابق، ١١٠٤-١١٠٥.

(٢) السنيهوري، الوسيط، ج٢، للمرجع السابق، ص ١١٠٤.

(٣) سامي عبدالله، للمرجع السابق، ص ٣٨٣.

المبحث الثاني

حماية الغير حسن النية المستند إلى مركز قانوني

إذا كان الأغلب أن تثار حماية الغير حسن النية لاستناده إلى مركز واقعي، فإن الواقع العملي يتضمن أوضاعاً يكون فيها الغير حسن النية مستنداً إلى مركز قانوني، ومع ذلك يتطلب الأمر حمايته، لوقوع مركزه موقع التنازع مع مركز قانوني آخر. والأصل أن التنازع فيما بين المراكز القانونية، قلما يثار، نظراً لوجود قواعد قانوني، تنظم الحقوق، بحيث لا يطفى حق على آخر، كقاعدة تسجيل التصرفات القانونية إذا كان ولداً على عقار أو منقول مما ينبغي تسجيله حيث يفضل التصرف الأسبق في تسجيله، حتى لو جاء لاحقاً لتصرف آخر ورد على ذات المبيع ولم يتم تسجيله.

وكذلك قاعدة الأسبقية في القيد بالنسبة للرهونات الواقعة على ذات المال المرهون حيث يتقدم الدائن الأسبق في قيد رهنه في استيعاء حقه على باقي الدائنين المرتهين التاليين له في المرتبة، فضلاً عما يوفره حق الرهن للدائن المرتهن من حق تتبع المال المرهون في أي يد يكون. كما لا يحرم الدائن العادي قاعدة تحمي حقه إذ تعد أموال مدينه جميعها ضامنة للوفاء بدينه.

وفي جميع هذه الحالات توجد قاعدة قانونية ترجح حقاً على آخر، بحيث لا يثور تنازع على ذات الحق فيما بين المراكز القانونية.

غير أن هذا الأمر ليس مطلقاً، إذ يمكن تجاوز القواعد التي تنظم أفضلية المراكز القانونية على بعضها البعض، وذلك إذا ما تطلب الأمر مراعاة جوانب حسن النية واستقرار التعامل، وهو ما يتجلى في حالتين نص عليهما المشرع الأردني وهما حالة حماية الغير حسن النية الذي

اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة حيث تتمثل حمايته بالحيولة دون رجوع الدائنين المعادين والذين لم تكن لهم تأمينات على أموال التركة عليه لاستيفاء حقوقهم منه كما نصت عليه المادتان (١٠٧) و (١١٢٣) مدني والحالة الثانية ما نصت عليه المادتان (١٣٦٤) و (١٤١٩) من القانون المدني والمتعلقة بحماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً على المال المرهون في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

ويلاحظ أن الحماية المقررة في الحالتين تمثلان استثناءً على ما أوردناه بشأن القواعد المنظمة للمراكز القانونية، ففي الحالة الأولى نجد أنها تمثل استثناءً على القاعدة القاضية بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه حيث لا محل لإعمالها إذا ما تعلق الأمر بحماية الغير حسن النية.

وفي الحالة الثانية نجد أنها تمثل استثناءً على قاعدة أسبقية القيد كما أنها تعطل ميزة التتبع المقررة للدائن المرتهن.

إلا أن تعطيل هذه القواعد استجابة لمقتضيات حسن النية يتطلب توافر شروط معينة في كل حالة من هاتين الحالتين حتى يكون الغير جديراً بالحماية. وهو ما سنوضحه عبر مطلبين مستقلين فنعرض في الأول لحماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة. ونعرض في الثاني لحماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً على المال المرهون في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

المطلب الأول

حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة

يترتب على تملك الوارث لأموال التركة المدينة من وقت الوفاة، أن يكون في استطاعته من هذا الوقت التصرف في أموال التركة بحيث يقع تصرفه صحيحاً على اعتبار أنه صادر من

مالك لهذا المال^(١).

وإذا كانت التركة غير مدينة فإن تصرف الوارث بأموالها لا يثير إشكالاً لو تنازعا بين دائتي التركة والمتصرف إليه. أما إذا كانت التركة مدينة، فإن من شأن تصرف الوارث في أموالها، أن يثير تنازعا وتعارضاً بين مصلحة دائتي المورث اللذين تعلقت حقوقهم بأموال التركة^(٢)، ومصلحة المتصرف إليه (الغير).

ويثور هذا التنازع سواءاً خضعت التركة المدينة للتصفية أم لم تخضع، وينحصر بين المتصرف إليه (الغير) والدائنين العاديين للمورث.

ويقتضي بيان مسلك المشرع الأردني في حماية العير حسن النية، الوقوف على موقفه من تسجيل حق الإرث ثم تعرض بعد ذلك لنطاق حماية العير حسن النية من حيث نوع التركة التي تركز فيها حق الغير على أن تعرض أخيراً للشروط الواجب توافرها في العير حتى يكون جذراً بإسباغ الحماية عليه، وسوف تعرض هذه المواضيع عبر الفروع التالية:

(١) عيد النعم للصدّة، المرجع السابق ص ٧٥٣ وعيد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٤، المرجع السابق ص ٣٤٦ ومحمد سوار، شرح لحقوق العينية الأصلية للمرجع السابق ص ٤١.

(٢) ترى غالبية الفقه أن تعلق حق الدائنين العاديين بأموال التركة هو أقرب إلى أن يكون حق رهن مصدره القانون وليس الاتفاق مع الدائنين أو حق امتياز مصدره كذلك، انظر على سبيل المثال للصدّة، المرجع السابق ص ٧٥٣ ومنصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، ١٩٥٣ مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦ ص ٢٤١ والسنهوري الوسيط، ج٤، المرجع السابق ص ٣٤٥ وعلي الحبيدي، المرجع السابق ص ١٢٢ وسوار، لحقوق العينية الأصلية في القانون الأردني، المرجع السابق ص ٣٥ وفي ذلك ورد قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه "أن قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، تعني أن تركة المدين تتشغل بمجرد الوفاء بحق عيني لدائني المتوفي يدخل لهم تشيبتها واستيفاء حقوقهم منها"، نقلاً عن سوار، المرجع السابق ص ٣٥ رقم (١).

الفرع الأول

موقف المشرع الأردني من تسجيل حق الإرث

سبق القول أن الورثة في ظل القانون المدني الأردني يمتلكون أموال التركة بمجرد الوفاة، وهذا القول يصدق بصورة مطلقة إذا كانت أموال التركة من المنقولات التي لا يحتاج انتقال ملكيتها إلى تسجيل، أما إذا كان في التركة عقارات أو منقولات مما يقتضي أمر انتقال ملكيتها للتسجيل، فإن التساؤل يبدو ملحاً حول ضرورة تسجيل الحقوق الإرثية فيها لإمكانية انتقال ملكيتها إلى الورثة؟ ويترتب على الإجابة على هذا التساؤل أثر هام فيما يتعلق بمصير التصرفات التي أجراها الورثة مع الغير وكان محلها هذه الأموال.

في الإجابة على هذا التساؤل يرى شراح القانون المدني الأردني أن التركة حتى لو تضمنت أموالاً غير منقولة فإنها تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ودون حاجة إلى تسجيل، ويررون ذلك بالقول أنه لو اشترط التسجيل لأصبحت عقارات التركة بدون مالك في الفترة ما بين الوفاة والتسجيل^(١)، كما يستند هذا الرأي إلى ما نصت عليه المادة (١٠٨٦) من القانون المدني والتي جاء فيها ((يكسب الوارث بطريق الميراث للعقارات والمنقولات والحقوق الموجودة في التركة)) حيث يفهم من هذا النص أن الوارث يعد مالكاً لعقارات التركة بمجرد وفاة المورث دون الحاجة إلى تسجيل حقه الإرثي، ويرجع ذلك إلى أن الميراث يقوم على واقعة معينة هي وفاة المورث، وبالإضافة تنتهي شخصية المورث فيتوجب بعد ذلك إلى انتقال العقارات وسائر أموال التركة إلى ذمة الوارث فور الوفاة. ويلتقي هذا الرأي مع ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز المؤثرة في العديد من أحكامها ومنها الحكم الذي جاء فيه ((عملاً بالمادة

(١) راجع محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الأردني المراجع السابق ص ٣٩ وما بعدها وطي للعبيدي المراجع السابق ص ١٢٣.

١/١٠٨٦ من القانون المدني فإن الوارث يكسب ملكية العقار والمنقول، والحقوق الموجودة في التركة بطريق الميراث، وعليه فلا يشترط لثبوت هذه الملكية للوارث إجراء عملية انتقال واستصدار سند تسجيل الملكية بل يكفي إثبات ملكية الوارث أو شراسته في الأرض^(١).

وفي هذا الاتجاه سار المشرعان العراقي والسوري حيث نصت المادة (١١٠٦) مدني عراقي على أنه ((يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة)).

في حين جاء المشرع السوري أكثر صراحة في انتقال ملكية العقارات الموجودة في التركة إلى الوارث بمجرد الوفاة دون الحاجة إلى تسجيل الحق الإرثي فيها حيث نصت المادة (٣/٨٢٥) مدني سوري على أن ((كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم قضائي يكون مالكاً قبل تسجيله على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل)).

أما المشرع المصري فقد اتجه وجهة مخالفة حيث اشترط لانتقال ملكية العقارات في التركة إلى الورثة وجوب شهر حق الإرث وهذا ما نصت عليه المادة (١٣) من قانون الشهر العقاري المصري حيث تقول ((يجب شهر حق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق)).

وإذا كان المشرع الأردني لم يفيد انتقال حق الإرث في العقارات على تسجيله لدى دائرة التسجيل فإن التساؤل يثور حول إمكانية تسجيل التصرفات التي يجريها الورثة على عقارات التركة قبل تسجيل حق الإرث.

(١) تمييز حقوق رقم ٨٧/٨٨٣ مشار إليه لدى محمد حلاوة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية من بداية سنة ١٩٨٦ حتى نهاية سنة ١٩٩١ ج١، وكالة لتوزيع الأردنية ص ٤٧٨.

في الإجابة على هذا التساؤل نقول أن المشرع الأردني لم ينص على عدم جواز تسجيل مثل هذه التصرفات إلا بعد تسجيل حق الإرث، إلا أنه وعلى الرغم من عدم النص على ذلك، فإنه بمطالعة بعض نصوص القانون المدني وبعض القوانين الخاصة يمكن الخلوص إلى عدم جواز تسجيل أي تصرف يجريه الورثة على عقارات التركة دون سبق تسجيل حق الإرث، فالمادة (١١٤٨) من القانون المدني تنص على ((أن الملكية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة)) كما تنص المادة (٣/١٦) من قانون شوية الأرض والمياه ((في الأماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعد البيع والمبادلة والمقاسمة في الأرض والماء، إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل)) كما تنص المادة (٢/١٦) من ذات القانون ((بعد أن تتم معاملة التسجيل، وفقاً لقانون التسوية، لا يحق لأي محكمة في المملكة الأردنية الهاشمية أن تسمع أي اعتراض على صحة قيود ذلك السجل إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون)).

ووجه الاستخلاص الذي نراه من خلال هذه النصوص هو أن التسجيل ركن في العقد ولا تنتقل الملكية إلا بمقتضاء وهو لا يرد إلا على حق مسجل أصلاً، ذلك أن السجل العقاري هو الذي يبين حالة كل عقار وأوصافه وحالته الشرعية والحقوق المترتبة له وعليه والمعاملات والتعديلات المتعلقة به. وغني عن البيان أنه قبل تسجيل حق الإرث، فإن ملكية الورثة لعقارات التركة هي ملكية غير موثقة والتسجيل لا يرد إلا على حقوق موثقة. وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز حيث تقول في هذا الصدد ((إن إجراء معاملة الانتقال على عقار موروث وتسجيله على أسماء الورثة، وتعين حصص كل منهم في قيود دائرة التسجيل هو من قبيل قبض الوارث وما يخصه من العقار الموروث بما يخرج العقار من التركة، ويجعل منه ملكية شائعة بين شركاء الملك الذين تخضع تصرفاتهم فيه لأحكام المواد (١٠٣١) و (١٠٣٢) و

(١١٤٨) من القانون المدني و (٣/١٦) و (٢/١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه و (٢) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة التي تمنع البيع والفراغ في العقار عن غير طريق دوائر التسجيل^(١).

في قرار آخر بها إلى أنه ((تنقل الملكية بمقتضى حجج للمخارجة التي تصدرها المحاكم الشرعية، دون أن تسجل في دوائر التسجيل إلا أن المتخارج له لا يستطيع التصرف بنقل ملكية الحصة المتخارج له عنها إلا بعد إجراء معاملة الانتقال في دوائر تسجيل الأراضي كما هو الشأن في تصرف الوارث بالحصة الإرثية))^(٢).

وظاهر أن تواتر الاحكام التمييزية في هذا الشأن قد أرسى قاعدة شديدة الوضوح في عدم جواز تسجيل التصرف الصادر عن وارث لم يسجل حقه الإرثي، نظراً لأن تملك الوارث لعقارات التركة، قبل تسجيل حقه، بعد استثناء خطيراً على نظام السجل العقاري، ولذلك فإن قرار محكمة التمييز السابق الذكر قد خفف من حدة هذا الاستثناء بما لا يفتك حرمة للسجلات العقارية^(٣) كما نرى أن المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي والتي توجب تسجيل التصرف إذا كان وارداً على عقار، تصبح لساماً لاستخلاص موقف مماثل للمشرع العراقي. وإذا كان استخلاصنا لموقف المشرع الأردني جاء من واقع النصوص الواردة في القانون

(١) تمييز حقوق رقم ٣٨٨ / ٨٦ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٩ ص ١٧٦٠.

(٢) تمييز حقوق رقم ٧٨٧ / ٩١ مجلة نقابة المحامين، السنة الحاي والأربعون ١٩٩٣، الجزء الأول، ص ٢٦٠.
(٣) لا يعني عدم جواز التصرف الصادر من الوارث على عقارات التركة إذا لم يتم التسجيل حسب الإرث، فقد قد أي ميزه لملكية للعقار فتعود له غلة عقارات التركة منذ تاريخ وفاة المورث وله أن يطالب بها ابتداءً من هذا التاريخ، ولا يتوقف سماع الدعوى بشأنها على إجراء معاملة الانتقال، بل يكفي إبراز حجة حصر الإرث. كما يمكن للورثة أن يطالبوا بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالعقارات لأنها مملوكة لهم. انظر تفصيل ذلك لدى سور، الحقوق العينية الأصلية في القانون الأردني للمرجع السابق ص ٤١-٤٢.

المدني والقوانين الخاصة وما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز، فإن استخلاصنا لموقف المشرعين المصري والسوري لا يحتاج إلى كبير عناء حيث نص صراحة على عدم جواز تسجيل التصرف الصادرة من الورثة في عقارات التركة قبل شهر حق الإرث وهذا ما نصت عليه المادتان (١٣) من قانون الشهر العقاري المصري و(٣/٨٢٥) من القانون المدني السوري. وتكمن أهمية حديثنا عن موقف المشرع الأردني من تسجيل حق الإرث في تحديد نطاق حماية الغير حسن النية وبالأخص إذا اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة التي لم تخضع للتصفية، لأن اكتسابه حقاً عينياً على عقارات هذه التركة دون تسجيله، يجعل منه دائماً عادياً لا يقوى على مزاحمة دائني المورث، في حين إذ اكتسابه حقاً عينياً على عقار بموجب تصرف تم تسجيله فإن هذا التسجيل يجعله في مأمن من مزاحمة دائني المورث له على النحو ما سنوضحه نالاً عند الحديث عن نطاق حماية الغير حسن النية.

الفرع الثاني

نطاق حماية الغير حسن النية

سبق القول، أن حماية الغير حسن النية لا تنأى إلا حينما يكتسب الغير حقاً عينياً على أموال تركة مدينة سواء خضعت لنظام التصفية أم لم تخضع. وبالنظر إلى الاختلاف فيما بين التركات التي تخضع لنظام التصفية وتلك التي لا تخضع، فيتوجب التمييز بين الحماية المقررة للغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أن من أموال هاتين التركتين. أولاً: حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة التي لم تخضع لنظام التصفية.

كرست المادة (١١٢٣) من القانون المدني هذه الحماية حيث نصت ((إذا لم تكن التركة قد صليت وفقاً للأحكام السابقة، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به

لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رتب عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أوقعوا عليها حجزاً لقاء ديونهم قبل تسجيل التصرفات^(١).

وفي هذا النطاق يختلف الأمر بين اكتساب الغير حقاً عيبياً على عقار وبين اكتسابه حقاً عيبياً على منقول من أموال التركة المدينة التي لم تخضع لنظام التصفية فيتوجب التمييز بين الحالتين:

١- اكتساب الغير حقاً عيبياً على عقار

وتفترض هذه الحالة أن التصرف الذي اكتسب بموجبه الغير حقاً عيبياً على العقار قد تم تسجيله، لأنه إذا لم يتم تسجيله، فلا مجال للحديث عن أي حماية للغير حيث لا يعدو كونه دائماً عادياً للورث ولا يقوى على مراعاة دائني المورث^(٢).

أما إذا تم تسجيل التصرف الذي اكتسب بمقتضاء الغير حقاً على أموال التركة المدينة التي لم تخضع لنظام التصفية، فإن حقه يكون نافذاً في مواجهة دائني المورث العاديين، إذا كان سابقاً على إقدام هؤلاء الدائنين بتبع عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رتب عليها حقوق عينية لصالح الغير، كما لا يستطيعون التنفيذ على هذه العقارات. ومن ماطلة القول، أن يشير إلى أن المشرعين المصري والعراقي قد قيّدا من الحماية المقورة للغير الذي صدر له التصرف، حماية لدائني المورث، فمن جهة المشرع المصري فقد نصت المادة (١٤) من قانون الشهر العقاري على أنه ((يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم جرد التركة المتعلقة بها، ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ

(١) نقابل المادتين (٩١٤) مدني مصري و (٨٧٥) مدني سوري

(٢) عبد المعلم الصدة، المرجع السابق، ص ٧٥٤.

التسجيل المشار إليه، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير)). وطاهر أن مؤدى هذا النص أن تأشير الدائن بدينه في الميعاد المشار إليه يحفظ له حقه مطلقاً في مواجهة الغير، حتى لو كان هذا الحق قد تلقاه صاحبه وشهره قبل هذا التأشير، أما بعد هذا للميعاد، فالمعبرة بأسبقية الشهر بين الدائن وبين من تلقى الحق من الوارث. ولا يبدأ ميعاد السنة بالنسبة إلى الدائن إلا من تاريخ شهر حق الإرث، أما إذا لم يشهر حق الإرث، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاءً لحقه، والمفروض أن تكون باقية على ملك الوارث، إذ لا يجوز شهر أي تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته، وللدائن في جميع الأحوال ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك -أي بعد تسجيل حق الإرث- أن ينفذ على أعيان التركة التي تكون باقية على ملك الوارث، بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع بعد تسجيل حق الإرث ولم يؤشر الدائن بدينه كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التي لم يتعلق بها حق الغير، وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة وقيد الرهن فللدائن الذي لم يؤشر بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون ولكن يكون للدائن المرتين أن يحتج في مواجهته بحق الرهن^(١).

أما المشرع العراقي، فإنه أعطى للدائنين العاديين للمورث الحق في تتبع عقارات التركة واستيفاء حقوقهم منها حتى لو كان الغير قد ترثت له عليها حقاً عينياً، وذلك في خلال ثلاث سنوات من موت للمنين، وقد نصت على ذلك المادة (١١٠٧) من القانون المدني العراقي بقولها

(١) أنظر في هذا الخصوص: عبد الرزاق السهوري، الوسيط، ج ٤ المرجع السابق ٣٤٧-٣٤٩ وعبد السمير الصدة المرجع السابق ٧٥٧-٧٦٠ وفي هذا الخصوص يرى السهوري أنه حتى لو تصرف الوارث في العقار وكان تأشير الدائن بدينه بعد انقضاء السنة ولاحقاً على تسجيل التصرف، جاز للدائن أن يضمن في تصرف الوارث بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها. وهذا الموقف يوضح -للفقه المصري- في تأثيره لمسلك المشرع المصري في توسيع حماية دائن لتركته على حساب الغير الصادر له التصرف دون مراعاة حسن نية.

((١- لدائني التركة العاديين، وللموصى لهم، أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير، أو رتب علىها حقوقاً عينية. ٢- ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين، فإذا انقضت هذه المدة، نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم، إلا إذا كان التصرف قد صدر تواطؤاً مع الغير للإضرار بهم)) ومن خلال هذا النص فإن الغير قد بفاجاً بتتبع التركة دون أن تتوفر لديه الوسيلة للعلم بحق هذا الدائن عن طريق الشهر، فهو لا يصبح في مأمن من هذا التتبع إلا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المورث.

٢- اكتساب الغير حسن النية حقاً عينياً على منقول.

إذا تصرف الوارث في منقول من منقولات التركة المدينة التي لم تخضع لنظام التصفية، فإن تسجيل حقوق الدائنين لا يكون له أثر في تحديد مرقفهم من المتصرف إليه، حيث يقتصر أثر هذا التسجيل على التصرف في العقار، وإنما تكون العبرة بتوافر شروط قاعدة ((الحيازة في المنقول سند الحائز)) أو عدم توافرها، وعليه إذا كان المتصرف إليه (الغير) قد تلقى المنقول من الوارث وهو لا يعلم أنه من أموال تركة لم تسدد ديونها فإنه يكون حسن النية، ومن ثم تنطبق في شأنه قاعدة الحيازة في المنقول^(١)، فيتملك المنقول، ولا يستطيع الدائن أن يتبعه في يده، وليس له إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التي لا تزال في يد الوارث^(٢).

على أنه وفي ظل القانون المدني الأردني، فإن الغير حسن النية يكتسب ملكية المنقول متقلاً بما ترتب عليه من حقوق لصالح الدائنين لأن القانون الأردني لم يأخذ بالأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول بصفة عامة^(٣).

(١) المصنعة، المرجع السابق ص ٧٦٥.

(٢) السنهاوري، الوسيط، ج٤، للمرجع السابق ص ٣٥٠.

(٣) أورد المشرع الأردني بعض التطبيقات للأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز على سبيل الاستثناء في المواد ١٤٢٧، ١٤٠٠، ١٤٤٢/٢ و ١٤٤٤ من القانون المدني.

ثانياً: حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً على أموال للتركة المدينة التي خضعت لنظام التصفية.

وقد أقرت هذه الحماية المادة (١١٠٧) من القانون المدني حيث تنص ((لا يجوز للدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ثبوتها في بيان (وصي للتركة) ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال ولهم الرجوع على الورثة في حدود ما عاد عليهم من التركة))^(١).

ونتشابه حماية الغير حسن النية في هذه الحالة مع الحالة السابقة إذ تجب التفرقة بين تصرف الوارث في عقار من عقارات التركة التي خضعت لنظام التصفية وبين تصرفه بمنقول، وعلى ضوء ذلك يتحدد نطاق حماية الغير حسن النية في هذا النوع من التركات.

١- نطاق حماية الغير حسن النية إذا اكتسب حقاً عينياً على عقار من عقارات التركة

المدينة التي خضعت لنظام التصفية

مثلاً اعتبر إيقاع دائتي التركة التي لم تخضع لنظام التصفية، جزءاً على عقارات التركة أساساً للاحتجاج به في مواجهة المتصرف إليه متى كان سابقاً على تسجيل هذا الأخير حقه الذي اكتسبه على عقارات التركة التي لم تخضع لنظام التصفية فقد اعتبرت المادة (٢/١٠٩٠) من القانون المدني فيد للقرار الصادر من المحكمة بتعيين المصفي أساساً للاحتجاج به في مواجهة الغير المتصرف إليه حيث نصت ((ويكون لهذا القيد أثره بالنسبة لمن يتعامل مع الغير مع الورثة بشأن عقارات التركة)) ولذلك فإذا قيد القرار الصادر بتعيين المصفي، أصبحت حقوق الدائنين نافذة في مواجهة كل من يبقى من الوارث حقاً عينياً على عقار من عقارات التركة، أما إذا كان قيد القرار بعد تسجيل التصرفات فلا يكون له أي أثر. وهذا المملاك هو ذاته

(١) تقابل المواد (٨٩٧) مدني مصري و(٨٥٨) مدني سوري.

الذي سلكه المشرعان المصري والسوري، فاعتبرت المادتان (٢/٨٤٠) من القانون المدني السوري و(٢/٨٧٩) من القانون المدني المصري، اللقيد الصادر بتعيين مصفي الشركة ذا أثر بالنسبة لمن يتعامل مع الغير مع الورثة بشأن عقارات الشركة. أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد انتهج نهجاً مختلفاً فقد أعطت المادة (١٤) من قانون تحرير الشركات الحق للدائن في تتبع عقره الذي جرى له التصرف خلال سنة من تاريخ وفاة المورث، وبانقضائها يثبت حق الغير في مواجهته ولا يكون له إلا الرجوع على الورثة بسبب إثراءهم^(١).

٢- نطاق حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً عينياً منقول من أموال الشركة المدينة التي خضعت النظام للتصفية.

وفي هذه الحالة تطبق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، فينظر فيما إذا توافرت شروطها، وأهمها أن لا يكون الغير عالماً بأن المنقول الذي يشتريه هو من أموال الشركة لم تسدد ديونها، فإذا توافرت شروطها فقد ملك الغير المنقول مع الحيازة ويستطيع أن يحتج بذلك في مواجهة دائني الشركة.

(١) انظر حامد مصطفى، المرجع السابق، ص ٤١٢.

الفرع الثالث

شروط الحماية

وهذه الشروط تتعلق بالطرف المتنازع معه وبالعبر محل الحماية وسنورد هذه الشروط

تباعاً.

أولاً: أن يكون للطرف المتنازع معه دائناً عادياً

وعليه لا يسوغ للغير حتى لو كان حسن النية أن يحتج بحقه في مواجهة كل دائن تقرر له تأمين عيني على أموال التركة المدينة، كالدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز، فيستطيع كل من تقرر له تأمين عيني على أموال التركة، أن يتتبع أي عقار أو منقول في يد الغير دون أن يستطيع هذا الأخير الاحتجاج في مواجهته.

ثانياً: تحقق صفة الغيرية في المتصرف إليه

نستطيع القول أن مفهوم الغيرية في هذا المظهر من مظاهر الحماية له دلالة واسعة، فيشمل كل من اكتسب حقاً عينياً على أموال التركة المدينة بل ونستطيع القول أن الورثة يعدون من الغير بالمعنى المقصود في هذا المظهر، فلو صدر التصرف إلى أحد الورثة فإنه يعد غيراً بالنسبة لدائن التركة، ولوضح ما يكون أحد الورثة غيراً بالنسبة لدائني التركة هو في حالة للتخارج أو البيع بين الورثة، فلو باع أحد الورثة حصته إلى وريث آخر، فإن هذا الوريث يعد غيراً بالنسبة لدائني التركة فيما اكتسبه من حقوق عينية على المال المباع، فتطبق عليه سائر القواعد التي أشرنا إليها سابقاً، كما يتم البحث عن توافر حسن النية في جانبه حتى يمكن إسباغ الحماية عليه.

ثالثاً: توافر حسن النية في جانب الغير

ومقتضى حسن النية الواجب توافره هو عدم علم الغير وقت التصرف بأن المبيع الذي ترث له حقاً عينياً عليه تتعلق به حقوق الدائنين لكونه يعد جزءاً من مشتملات تركة مدينة.

ويكفي علم الغير بأن التركة مدنية حتى يتوافر سوء النية في جانبه إذا أقدم على التعامل مع أحد الورثة.

ولا أثر لتسجيل الغير تصرفه مع أحد الورثة قبل قيام الدائنين بإيقاع الحجز على عقارات التركة إذا لم تخضع للتصفية، على حسن نية الغير، فيكفي علمه وقت التصرف بأن التركة مدنية حتى تقوم في جانبه شبهة التواطؤ مع الورث، فيعد بالتالي سيء النية^(١).

والأمر ذاته ينطبق على التركة، التي خضعت لنظام للتصفية، فلا يعفى الغير من وجوب توافر حسن النية في جانبه أن يجري تصرفه مع الورث قبل قيد الأمر الصادر من المحكمة بتعيين مصفي التركة، فيتوجب أن يكون حسن النية حتى قبل قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي.

المطلب الثاني

أحكام حماية الغير الذي اكتسب حقاً على المال المرهون

في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته

وتتحقق هذه الحماية سواء كان المال المرهون رهناً تأمينياً أم حيازياً، وقد نص عليها المشرع الأردني في المادتين (١٣٦٤) و(١٤١٩) من القانون المدني حيث تنص المادة (١٤١٩) "ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين الموثق ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته"^(٢). في حين تنص المادة (١٣٦٤) على "١- ينقضي الرهن بانقضاء الالتزام الموثق به. ٢- فإذا زال سبب الانقضاء عاد الرهن كما عاد دون مساس بحقوق الغير حسن النية التي اكتسبها بين زوال الحق وعودته".

(١) ويرى الأستاذ السهوري أن علم الغير بأن التركة مدنية وبأن المبيع يتعلق به حقوق الدائنين يتيح للدائنين في كل الأحوال الطعن بالتصرف بالدعوى البوليصة السهوري، الوسيط، ج١، المرجع السابق ص ٣٤٩.

(٢) تقابل المواد (١٠٨٢، ١١١٢) مدني مصري و(١٣١٥، ١٣٤٦) مدني عراقي.

ومن خلال مطالعة النصين السابقين يتبين لنا أن هذه الحماية سواء تعلقت بالرهن التأميني أو الحيازي مقيدة بشروط عديدة فضلاً عن أن لها مضمون واحد يتمثل في تقديم الحق الذي اكتسبه الغير حسن النية على حق الدائى المرتهن الذي عاد رهنه، وسوف نعرض لهذين الموضوعين عبر الفرعين التاليين:

الفرع الأول

شروط الحماية

سبق أن ذكرنا، أن حماية الغير الذي اكتسب حقاً على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته مقيدة بشروط عديدة، وهذه الشروط تتعلق بصفة انقضاء الرهن، وبالوقت الذي اكتسب فيه الغير حقه على المال المرهون، وبالغير ذاته، إذ لا بد أن تتحقق فيه صفة الغيرية، فضلاً عن لزوم توافر حسن النية في جانبه، وهذه الشروط لا بد من اجتماعها معاً ويترتب على تخلف إحداها عدم إسباغ الحماية على الغير.

أولاً: أن يكون انقضاء الرهن بصفة تبعية:

لا يقضي الرهن بصفة تبعية إلا بانقضاء الدين الموثق به، وعلى ذلك نصت المادتان (١٣٦٤) و(١٤١٩) من القانون المدني، ولذلك فإن جميع أسباب انقضاء الدين الأصلي الموثق به الرهن، تعتبر أسباباً لانقضاء الرهن بصفة تبعية^(١)، ويشترط أن يكون الدين قد انقضى بصورة كلية، أما في حالة بقاء جزء منه، فإن الرهن يبقى بأكمله لضمانه طبقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن^(٢).

(١) انظر: توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٨٦، المكتب العربي للطباعة والنشر، ص ١٩٧.

(٢) صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٥٣، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ص ٨٨.

وقد ينقضي الدين الأصلي لأنه لم يوجد صحيحاً، كأن يوجد في عقد باطل، لعدم الرضاء أو لعدم الأهلية أو لاعتدام المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لخلل في الشكل، فيبطل العقد ويبطل معه الدين، ويبطل معهما الرهن^(١). وقد ينقضي الدين لأنه يوجد في عقد موقوف لم تلحقه الإجازة^(٢). وقد يوجد الدين في عقد صحيح ولكنه ينقضي لأسباب عديدة، كأن ينقضي بالوفاء، أي بوفاء الدين المضمون بالرهن من قبل الراهن، ويشترط في هذه الحالة أن يتم الوفاء من قبل المدين، أما إذا قام شخص آخر غير المدين بالوفاء بالدين فإنه يحل محل الدائن فيما كان يضمن حقه من تأمينت، كما قد ينقضي الدين المضمون بالرهن بالإبراء من طرف الدائن المرتين وبالمقاصة فيما بين دين المدين الراهن على الدائن ودين الدائن للمرتين على المدين الراهن، ويجب أن ينقضي دين المدين للراهن كله بالمقاصة لأن بقاء جزء منه لا يؤدي لانقضاء الرهن إعمالاً لقاعدة عدم تجزئة للرهن.

كما ينقضي الرهن بصفة تبعية باتحاد الدمة، أي بانتقال ملكية المال المرهون إلى المرتين أو بانتقال حق الرهن إلى الراهن كأن يوصي الدائن بالدين للمدين ويموت الدائن، فهنا ينقضي الرهن لاتحاد صفتي الدائن والمدين^(٣). وقد ينقضي الدين بالتقادم وفي هذه الحالة تجب التفرقة بين الرهن التأميني والرهن الحيازي، ففي نطاق الرهن التأميني يمكن أن ينقضي الدين الموثق بالرهن بالتقادم، وفي هذه الحالة يجوز للراهن أن يطلب الحكم له بفك الرهن، أما في نطاق الرهن الحيازي فمن غير المتصور لنقضاء الدين بالتقادم، لأن بقاء المرهون حيازياً تحت يد

(١) انظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية العينية، ١٩٧٠، دار إحياء التراث العربي، ص ٦١٥.

(٢) محمود جمال الدين ركي، التأمينات العينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٧٩، ص ١١٦.

(٣) السنهوري، الوسيط، ج ١، للمرجع السابق، ص ٦٣٠.

للمرتهن بعد إقراراً ضمناً بالدين، الأمر الذي يمنع سقوطه ومن ثم سقوط الرهن تبعاً له^(١) ويبقى من طرق انقضاء الرهن بصورة تبعية، الوفاء الاعتياضي^(٢)، حيث يؤدي إلى انقضاء الدين الأول مع ضماناته فلا تعود هذه الضمانات حتى لو استحق مقابل الوفاء في يد الدائن^(٣). ولا تثار حماية الغير حسن النية إلا إذا زالت أسباب انقضاء الدين السابقة الذكر وعاد الرهن من جديد، إذ يقوم التنازع فيما بين مركز الغير ومركز الدائن المرتهن ويؤول سبب انقضاء الدين بطرق عديدة كما لو لم يصح وفاء المدين الراهن كأن كان الموفى به غير مملوك أو كما لو زال سبب اتحاد الذمة أو كما لو لم يصح إبراء الدائن المرتهن لصدوره من ناقص الأهلية. وبطبيعة الحال فإنه لا تثار حماية الغير حسن النية إذا كان انقضاء الرهن بصورة أصلية كما لو تم تطهير المال المرهون أو كما لو تنزل الراهن عن حق الرهن أو إذا هلك المال المرهون أو إذا تقادم الرهن، إذا أنه في جميع هذه الأحوال لا يكون هناك مجال لعودة الرهن من جديد.

ثانياً: أن يكون اكتساب الغير حقه على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته من جديد:

وبعد هذا الشرط أكثر الشروط أهمية في سبيل إسباغ الحماية على الغير، ويتعدى في أهميته شرط حسن النية الذي سأتى على بيانه لاحقاً، لأن التسلسل المنطقي في تحديد إن كان

(١) علي الحيدري، المرجع السابق، ص ٤١٢.

(٢) تطلق عليه التشريعات المدنية المقارنة الوفاء بمقابل، راجع المواد (٣٥٠، ٣٥١) مصري، و(٣٤٨، ٣٤٩) سوري، و(٣٩٩، ٤٠٠) عراقي.

(٣) همام محمود زهران، للتأمينات الشخصية والعينية، ١٩٩٧، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص ٣٠٩.

الغير جديراً بالحماية أم لا يبدأ بضبط وقت اكتسابه حقاً على المال المرهون، ثم بعد ذلك يتم البحث عن حسن نية، فإذا ثبت أن الغير اكتسب الحق على المال المرهون قبل انقضاء الرهن أو بعد عودته من جديد، فتطبق عليه الأحكام المتعلقة بتحديد مراتب الدائنين في استيفاء حقوقهم من المال المرهون. ويختلف الأمر في تحديد وقت اكتساب الغير حقاً على المال المرهون بين ما إذا كان المال مرهوناً رهناً تأميبياً أو مرهوناً رهناً حيازياً فإذا كان الحق الذي اكتسبه الغير على المال المرهون رهناً تأميبياً فيتم التثبت من تاريخه من خلال الرجوع إلى تاريخ تسجيله وذلك بالاطلاع على صحيفة العقار أو قيد المركبة بحسب الأحوال، أما إذا كان الحق الذي اكتسبه الغير على مال مرهون رهناً حيازياً، فإن التثبت من تاريخه يتحدد من خلال تاريخ العقد الذي اكتسب الغير بموجبه حقاً على المال المرهون، فيكون عقد الرهن الحيازي حجة على الغير، إذا كان ثابت التاريخ باعتباره سنداً عادياً^(١)، وإذا نعلق الأمر باكتساب الغير حقاً على مال مرهون رهناً عقارياً حيازياً، فإن تاريخ اكتساب الحق هو التاريخ الثابت في صحيفة العقار والذي يشير إلى قيد الرهن.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بمكتسب الحق على المال المرهون (الغير):

لا بد لمكتسب الحق على المال المرهون أن يكون غيراً فضلاً عن أن يكون حسن النية.

١- تحقق صفة الغيرية في مكتسب الحق على المال المرهون:

يتسع مفهوم الغير في هذا المظهر من مظاهر الحماية ليشمل كل من لا يُحتج عليه بأثار الرهن الأصلي عند عودته لروال سبب انقضائه بأن كان اجنبياً عن الرهن الأصلي، فلا يعد غيراً طبقاً لهذا التحديد طرفا العقد وحليهما العام ومن كان ممثلاً في عقد الرهن الأصلي بأحد

(١) المادة ١٢ من قانون اللبيدات.

طرفيه، كما لو كان الدائن المرتهن وكيلًا عن شخص آخر في إبرام عقد الرهن، فإن الموكل لا يعد غيراً بالمعنى المقصود في هذا المطهر من مظاهر الحماية، فلو انقضى الرهن بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون به بسبب من أسباب الانقضاء ثم عاد مرة أخرى لزوال سبب الانقضاء فإن اكتساب الموكل لحق عيني على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته لا يمكنه من الاستفادة من الحماية، لأنه لا يعد غيراً بالنسبة للرهن الأصلي لأنه ممثل فيه بواسطة وكيله. والأمر يكون أوضح في حالة الموكل الذي كان وكيله راعياً للمال المرهون، فهذا الموكل لا يسوغ له التذرع بالحماية إذا ما اكتسب حقاً على المال المرهون ما بين انقضاء الرهن وعودته وذلك لأنه لا يعد غيراً بالنسبة للرهن الذي عاد لأنه ممثل فيه، وما دام أن الرهن قد عاد فيسري في مواجهته إعمالاً لقواعد الوكالة القاضية بمريان الالتزامات الناشئة عن تصرفات الوكيل في مواجهة للموكل.

وباستبعاد طرفي العقد وخلفهما العلم ومن كان ممثلاً في عقد الرهن الأصلي بأحد طرفيه، فإن ما عداهم يعدون غيراً ولهم إذا ما اكتسبوا حقاً على المال المرهون ما بين انقضاء الرهن وعودته أن يحتجوا به في مواجهة طرفيه.

٢- أن يكون الغير حسن النية:

ومقتضى حسن النية اعتقاد الغير الجازم بزوال الالتزام الأصلي نهائياً وانقضاء الرهن تبعاً له والناشئ عن جهله بالعيب الذي يشوب سبب انقضاء الرهن أو عدم علمه بسبب إبطال الدين المضمون بالرهن^(١). فإذا كان الغير عالماً بإمكانية زوال السبب الذي انقضى به الدين

(١) قارب هذا المعنى لحسن النية بما ورد لدى توفيق حسن فرج، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص ١١٧. وهمام محمود زهران، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص ٣٠٩. ولدى منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، ١٩٦٣، المطبعة العالمية، القاهرة، ص ١٦٢.

المضمون، كما لو كان يعلم بأن الموفى به غير مملوك للمدين الراهن أو أن الدائن المرتهن الذي صدر الإبراء عنه ناقص الأهلية فيعد سيئ النية، فلا يمكن إسباغ الحماية عليه، وإزاء سكوت الفقه عن وضع معيار يقاس به حسن نية الغير فنرى أن يتم اللجوء إلى معيار الشخص المعتاد. أما بالنسبة للوقت الذي يشترط فيه توافر حسن النية لدى الغير، فرى بأنه وقت إبرام للتصرف الذي كسب للغير بموجبه حقاً على المال المرهون. ويترتب على ذلك أن علم الغير بما يشوب سبب انقضاء الرهن بعد إجراء التصرف لا يقدح في حسن نيته، وبسبب أن يتطوع بالتالي أن يحتج بالحق الذي اكتسبه على المال المرهون في مواجهة الدائن المرتهن إذا ما عاد للرهن من جديد.

الفرع الثاني

مضمون الحماية

لم تفصح المادتان (٢/١٣٦٤) و(١٤١٩) من القانون المدني عن مضمون حماية الغير حسن النية حيث تحدثتا عن عدم الإحلال أو المساس بالحقوق التي اكتسبها على المال المرهون في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته. وإزاء ذلك فلا بد من بيان هذه الحماية، ويقتضي الأمر ابتداءً تحديد طبيعة الحق الذي اكتسبه الغير حسن النية في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته ثم بعد ذلك تحديد موقع هذا الحق من حق الدائن المرتهن الذي عاد على المال المرهون.

أولاً: طبيعة الحق الذي اكتسبه الغير حسن النية:

لم يحدد المشرع الأردني بصورة دقيقة طبيعة الحق الذي اكتسبه الغير حسن النية على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته، وإزاء ذلك قد يتبادر إلى الذهن أن هذه الحقوق لا تعدو كونها حقوقاً عينية على اعتبار أن حق الدائن المرتهن يتركز في المال

المرهون سواء كان عقاراً أم منقولاً، وبالتالي فإن التنازع ما بين حق الغير حسن النية وحق الدائن المرتهن لا يثار إلا حينما يكون الغير حسن النية قد اكتسب حقاً عينياً على المال المرهون سواء كان حقاً عينياً أصلياً كحق الملكية أو حق انتفاع أو أي من الحقوق المجردة أو حقاً عينياً تبعياً كحق الرهن.

ولكن مطالعة المادتين (٢/١٣٦٤) و (١٤١٩) بالإضافة لتأمل الأحكام المتعلقة بحقوق الراهن في كل من الرهن التأميني والحيازي تفضي إلى القول بأن حق الغير حسن النية الذي اكتسبه ما بين انقضاء الدين الأصلي وعودته قد يكون حقاً شخصياً محله المال المرهون، كما لو قام الراهن بتأجير العقار المرهون للغير.

ولعل ما دفعنا إلى هذا الاستنتاج هو التعبير الذي استخدمه المشرع المدني حيث ذكر في المادتين السابقتين عبارة "دون مساس بالحقوق التي اكتسبها للغير حسن النية ما بين انقضاء الرهن وعودته".

وبناءً على ما تقدم، فإن الحق المقصود في المادتين السابقتين ويمكن للغير أن يكتسبه ما بين انقضاء الرهن وعودته ويكون في موقع التنازع من حق الدائن المرتهن قد يكون حقاً عينياً أصلياً كان لم تبعياً أو حقاً شخصياً محله المال المرهون.

ثانياً: تقدم حق الغير على الدائن المرتهن الأصلي:

ينبغي أولاً وقبل إيضاح مضمون حماية الغير حسن النية أن نشير إلى أنه إذا زال سبب انقضاء الدين المضمون بالرهن، فإن هذا الدين يعود ويعود معه الرهن من جديد^(١)، وإذا كان الرهن تأمينياً، فيجب في هذه الحالة أن يتم التأشير من جديد بعودته على هامش القيد القديم في

(١) توفيق حسن فرج، التأمينات العقارية، المرجع السابق، ص ١٩٧.

دائرة التسجيل^(١). أما إذا كان الرهن حيازياً فيعود المال المرهون إلى حيازة الدائن المرتهن من جديد، فيحوزه حقيقة أو حكماً، وإذا كان الرهن عقارياً حيازياً فيتم للتأشير من جديد بعودته على هامش القيد القديم في دائرة التسجيل. وما سبق بيانه هو الأصل والجاري عملاً في حاله عدم انتقال المال المرهون بحقوق جديدة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

فإذا ما كسب الغير حقاً عينياً على المال المرهون أو حقاً شخصياً محله المال المرهون ما بين انقضاء الرهن وعودته، فإن حق الغير حسن النية يسري في مواجهة الدائن المرتهن وينبغي على الأخير احترامه فلا يجوز له أن يحتج على الغير بعودة الرهن من جديد، وهذا ناشئ عن اعتبار حق الغير سابقاً على حق الدائن المرتهن وهو المضمون الجوهري للحماية. ونفاذ حق الغير حسن النية في مواجهة الدائن المرتهن يختلف في مداه وأثره، بين ما إذا كان حقاً عينياً أو شخصياً محله المال المرهون، فلو كسب الغير حسن النية ملكية المال المرهون، عقاراً كان أم منقولاً، فإن ملكيته تحصل له غير متقلة بالرهن الأصلي المقرر لصالح الدائن المرتهن والذي عاد نظراً لزوال سبب انقضائه^(٢). ولو رتب الراهن للغير حسن النية حقاً عينياً متفرعاً عن حق الملكية كحق انتفاع أو استعمال أو سكنى أو مساطحة أو رتفاق، فإن هذه الحقوق تظل مقررة لصالح الغير حسن النية، إذ يعتبر الغير قد كسبها قبل الرهن، وبذلك لا يستطيع الدائن المرتهن إذا حل أجل الدين ولم يقم للراهن بالوفاء أن يتتبع العقار المرهون تمهيداً للتنفيذ عليه^(٣) لأن ميزة التمتع تثبت للدائن المرتهن في مواجهة من انتقلت إليه بعد الرهن ملكية المرهون أو أي حق عيني عليه، ولما كان حق الغير سابقاً على حق الدائن المرتهن، فإن الرهن لا ينفذ في مواجهته

(١) صلاح الدين النامي، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٢) علي العبيدي، المرجع السابق، ص ٣٥٨. ومحمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص ٩٨.

(٣) توفيق فرج، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص ١٩٧. وهمام زهران، المرجع السابق، ص ٣٠٨. ومنصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص ١٦٢.

إعمالاً لمفهوم المخالفة للمادة (١٣٤٥) مني أردني التي تنص "يُنفذ الرهن التأميني في حق غير المتعاقدين من تاريخ تسجيله في دائرة التسجيل قبل أن يكسب الغير حقاً عينياً على العقار المرهون".

أما لو كسب الغير حسن النية على العقار المرهون حقاً عينياً مما لا يجوز بيعه في المزاد العلني كحق ارتفاق مثلاً، فيتعذر على الدائن المرتهن، إذا حل أجل الدين أن يبادر إلى التنفيذ على العقار^(١)، وكل ذلك مشروط بأن يكون التصرف الذي أجراه الغير حسن النية مع الراهن قد تم تسجيله، ولذلك فإن تأخر تسجيل هذه الحقوق إلى ما بعد إعادة قيد رهن الدائن المرتهن فإن الحق الواجب الحماية في هذه الحالة هو حق الدائن المرتهن.

وفي حالة ما إذا كسب الغير حسن النية حقاً عينياً تبعياً على المال المرهون، كما لو رتب الراهن رهنًا جديدًا لصالح الغير حسن النية على المال المرهون وتم تسجيله والتأشير عليه فإن هذا الرهن يتقدم في مرتبته على الرهن الأصلي عند عودته لزوال سبب انقضاء الدين للمضمون به^(٢).

وفي حالة ما إذا كان الرهن حيازياً، فإن أسبقية مرتبة رهن الغير حسن النية تتحدد من خلال تاريخ اكتسابه لحق الرهن المتمثل في تاريخ إبرام عقد الرهن.

ومما تقدم، نلاحظ ما أشرنا إليه سابقاً من أن هذه الحماية تعطل ميزة التتبع المقررة للدائن المرتهن، كما تعطل ميزة التقدم الناشئة عن أسبقية القيد وذلك إذا ما تعلق الأمر بحق عيني تبني اكتسبه الغير حسن النية على المال المرهون ما بين انقضاء الرهن وعودته.

(١) علي العبيدي، المرجع السابق، ص ٣٥٩.

(٢) صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص ٨٨. وكذلك عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، المرجع السابق، ص ٦١٧. وتوهيق حسن فرج، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص ١٩٧.

أما إذا كان الحق الذي اكتسبه الغير حسن النية، حقاً شخصياً محله المال المرهون، فيختلف الأمر بين ما إذا كان المال مرهوناً رهناً تأمينياً أو رهناً حيازياً، فإذا كان الرهن تأمينياً ثم انقضى لانقضاء الدين المضمون لأي سبب من أسباب الانقضاء التبعية، وخلال فترة الانقضاء قام المدين بتأجير العقار المرهون فإن حماية الغير حسن النية تتمثل في اعتبار الإجارة الصادرة من الراهن سابقة على الرهن ولذلك أهمية كبيرة إذ تطبق عليها أحكام الإجارة المنجزة المنصوص عليها في المادة (١/١٣٤٤) حيث نصت "الإجارة المنجزة الصادرة من الراهن لا تنفذ في حق المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل الرهن. وعليه فإن الغير حسن النية إذا كانت إجارته منجزة أي غير مضافة إلى أجل واقف فإنها تكون نافذة في مواجهة الدائن المرتهن أيضاً كانت منتهية بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل الرهن^(١).

وفي رأينا أن الأحكام السابقة تطبق في حالة ما إذا استأجر الغير حسن النية للعقار المرهون رهناً حيازياً ما بين انقضاء هذا الرهن وعودته من جديد.

كما نرى بسريان مدة إجارة الغير حسن النية للمرهون رهناً حيازياً فسي حق الدائن المرتهن فلو قام المدين الراهن بتأجير المال المنقول بعد انقضاء للرهن وبعد ذلك زال سبب الانقضاء، فلا يكون بمستطاع الدائن المرتهن الذي عاد رهنه الأصلي من جديد أن ينزع المال

(١) علي العبيدي، المرجع السابق، ص ٣٤٥. وفيما يتعلق بمسلك لقوانين المدنية المقارنة حيال هذه المسألة فإن القانون المدني العراقي تضمن في المادة (١٣٠٣) موقفاً مماثلاً للمشرع الأردني حيث جاءت المادة المذكورة مطابقة للمادة (١٣٤٤) مدني أردني. وبالنسبة للمشرع المصري فإنه قد رتب على إيجار العقار وتسجيل هذا الإيجار قبل قيد الرهن سريان مدة الإجارة كاملة في مواجهة الدائن المرتهن وعلى ذلك نصت المادة (٢/١٠٤٥) مدني مصري حيث تنص "وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن" وهو ذات الموقف الذي سلكه المشرع السوري فاعتبر أن عقد الإيجار المسجل قبل قيد الرهن ينفذ بكامله، وعلى ذلك نصت المادة (٢/٣٨٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري "أن عقود الإيجار التي شهرت بقيدتها في السجل العقاري تعارض الحقوق التي تسجل بعدها...".

المنقول من يد العير حسن النية المستأجر للمال، فيظل المال في حيازة الغير ويستفاد به إلى حين انتهاء مدة الإجارة^(١).

وعني عن البيان أن حماية الغير حسن النية في هذه الحالة والمتمثلة بسريان مدة إجارته في مواجهة الدائن المرتهن لا يمكن أن تتحقق دون اعتبار عقد الإجارة المبرم فيما بينه وبين المدين الراهن سابقاً للرهن الأصلي الذي عاد بسبب زوال سبب انقضاء الدين المضمون به. وهو ما يظهر بوضوح أن جوهر الحماية في هذا المطهر تتمثل بأسبقية اكتساب الغير حسن النية لحقه على المال المرهون على الرهن الأصلي.

(١) ويستند هذا الرأي إلى موقف المشرع الأردني من موضوع عينية الرهن الحيازي حيث لا يعتبر عقداً عينياً وإنما رضائياً، فيعقد الرهن الحيازي وفقاً للقانون الأردني بمجرد تطابق إيجاب وقبول العاقدتين دون حاجة إلى نقل الحيازة، فلا يعد قبض الدائن أو العمل للمال المرهون ركناً في عقد الرهن الحيازي وإنما شرطاً لتمام العقد ولزومه حسبما تنص على ذلك المادة (١٣٧٥) من قانون الرهن حيث تنص "يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه أن يقبضه الدائن أو العمل".

وهذا الموقف ذاته سلكه المشرع العراقي والمصري فيما يخص المشرع العراقي فقد جاءت المادة (١٣٢٢) فيه مطابقة تماماً في مضمونها للمادة ١٣٤٥ من قانون الرهن المصري فإن الرهن الحيازي يعد عقداً رضائياً حيث أصبح تسليم المال المرهون التزاماً على علق المدين وليس ركناً في العقد. وفي هذا تقول المادة ١٠٩٦ من قانون الرهن المصري "الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضمناً لدينه عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي بعينه للمعاقدان شيئاً...".

أما بالنسبة للقانون المدني السوري فإن موقفه حيال هذه المسألة ليس واضحاً ولذلك يرى شراح هذا القانون أن عقد الرهن الحيازي في ظل القانون المدني السوري يعد عقداً عينياً وليس القيد فيه ركن فلا ينعقد العقد بدون توافر هذا الركن. ويستندون في ذلك لتعريف المشرع السوري لعقد الرهن الحيازي إلى المادة (١٠٢٨) من قانون الرهن السوري والتي تنص "عقد الرهن الحيازي عقد بخصيص بمقتضاء شيء منقول مادي أو غير مادي لتأمين التزام ما". انظر في خصوص ذلك: السمرائيني والترميني، الحقوق العينية التابعة، ١٩٨٦، مطبعة ابن خلدون، دمشق، ص ٨٣. وسوار، الحقوق العينية التابعة، ١٩٦٩، مطبعة الأديب، دمشق، ص ١٩٧٢.

الخاتمة

تعرضت هذه الدراسة عبر فصولها الأربعة إلى موضوع غاية في الأهمية، وهو حماية الغير حسن النية. وكان الدافع إلى هذا الموضوع إيجاد إطار نظري يحدد بصورة دقيقة للوجه الحقيقي للحماية، ويعون من الله وبفضل منه سبحانه - فقد اجتهدنا في سبيل الوصول إلى هذا الهدف على الرغم مما واجه هذه الدراسة من مشكلات وصعوبات ليس أقلها قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع، حيث كان جُلّ ما بحث في هذا الموضوع لا يتعدى شذرات أو وقفات في إطار دراسة موضوعات أخرى في القانون المدني.

ونظراً لحدثة بحث هذا الموضوع في إطار نظري واحد، يتعرض لمفهوم الحماية بصورة عامة وأساسها القانوني، وأحكامها فقد قسمنا هذه الدراسة، إلى ثلاث فصول، فأوضحنا في الفصل الأول مفهوم الحماية حيث قمنا ببيان مدلولها وقوامها ووظائفها ومظاهرها في فروع القانون الأخرى وطبيعتها الاستثنائية وتمييزها عما يشبه بها من مظاهر أخرى لحماية الغير ثم خصصنا الفصل الثاني للبحث في الأساسي القانوني للحماية، وهو موضوع وجدنا أنه يعد العمود الفقري لحماية الغير، حيث تطرقنا في المبحث الأول منه للأساس القانوني المتمثل في نظرية الأوضاع الظاهرة، ثم بحثنا في المبحث الثاني الأساس القانوني الذي يتجاوز نظرية الأوضاع الظاهرة ثم خصصنا للفصلين الثالث والرابع لدراسة أحكام حماية الغير حسن النية وذلك عبر دراسة أحكام حماية الغير في إطار نظرية الأوضاع الظاهرة. وتطرقنا في الفصل الرابع لأحكام الحماية في المظاهر الأخرى لها.

وبعد أن فرغنا من دراسة الإطار النظري لهذا الموضوع فقد حلتنا إلى العديد من النتائج التي تمخضت عنها هذه الدراسة وعلى هدي هذا النتائج فقد اقترحنا العديد من الاقتراحات والتوصيات، أملين أخذنا بعين الاعتبار إذا ما وجد أنها جديرة بذلك.

خلاصة الدراسة ونتائجها

يمكننا إجمال ما توصلنا إليه من خلال هذه الدراسة في النقاط التالية:

١- إن حماية الغير حسن النية لا تقوم إلا في إطار فكرة التنازع وهي فكرة مؤداها وجود حقين متضادين، أحدهما حق صاحب الحق أو الأصل مالكا كان لم دائناً والآخر حق الغير حسن النية، ويتمثل حق صاحب الحق في عدم المماس بملكه أو حقه على المال وذلك بالا ينفذ التصرف المكسب للغير حسن النية حقاً في مواجهة في حين يتمثل حق الغير حسن النية في ترتيب التصرف الذي أجراه وأوقعه موقع التنازع مع صاحب الحق -آثره في مواجهة هذا الأخير- ويتخرج حق الغير حسن النية قوة وضعفاً باختلاف نوع التنازع، فإذا كان التنازع بين القانون والواقع، بأن صدر التصرف للغير من شخص ليس له صفة أو سند يخوله التصرف بالمال الذي اكتسب الغير حسن النية عليه حقاً، كان حق الغير حسن النية في نفاذ آثار هذا التصرف في مواجهة الأصل (المالك الحقيقي) مرهوناً بتوافر شروط وموجبات، حتى يمكن القول معها بضرورة ترجيح حقه على حق الأصل. أما إذا كان التنازع بين مركزين قانونيين بأن كان التصرف صادراً للغير من مالك المال ولكنه أدى إلى منازعة شخص آخر على هذا المال كان حسن النية ينهض إلى جانبه ويؤدي إلى ترجيح مركزه.

٢- إن حماية الغير حسن النية ذات طبيعة استثنائية، لا ترقى لأن تكون قاعدة عامة في القانون المدني والسبب في ذلك يعود إلى لصطدامها في مطلق الأحوال مع حق ثابت أصلاً وهو حق المالك على ماله أو حق الدائن على هذا المال، وعلى الرغم من ذلك فقد تراوحت التشريعات المدنية المقارنة في توسيع هذا الاستثناء أو تضييقه وقد انحاز المشرع

الأردني إلى جهة تصديق الاستثناء، مما أدى إلى أن تكون حماية الغير حسن النية في نطاق القانون المدني الأردني، ضيقة ومحدودة مقارنة بالقوانين المدنية المقارنة، ويظهر ذلك جلياً في حالة تعامل الغير حسن النية مع المالك الظاهر، فبينما تقتصر حماية الغير حسن النية التعامل مع المالك الظاهر في ظل القانون المدني الأردني على الحائز للمنقول أو العقار بحسن نية وكذلك المتعامل مع خلف المريض مرض الموت، نجد أن القوانين المدنية للمقارنة قد وسعت من نطاق حماية الغير حسن النية المتعامل مع المالك الظاهر، حيث أوردت استثناءات عديدة على الأثر الرجعي للبطلان والفسخ وسائر الأحوال التي تؤدي إلى نشوء مالك ظاهر ولم تقتصر على التطبيقات التي لوردها المشرع الأردني.

٣- لقد توصلت هذه الدراسة إلى أن حسن النية، كشرط أساسي لحماية الغير، يكتسب مفهوماً خاصاً في هذا الإطار، فهو يعني الجهل المبرر بواقعة معينة أو بطرف محدد من الظروف، يكون مناط ترتيب الأثر القانوني، وفيما عدا هذا للمفهوم لحسن النية، فإن حماية الغير لا تعرف مفهوماً آخر.

٤- توصلت هذه الدراسة إلى تحديد مفهوم الغير محل الحماية بصورة دقيقة ومحددة، فالغير محل الحماية ليس ذلك الأجنبي عن التصرف، بل هو شخص كان طرفاً في تصرف لا تسري آثاره في مواجهة شخص معين (صاحب الحق) بحسب الأصل، وبالتالي فإن الغير متداخل في التصرف الذي أوقعه، موقع التنازع مع صاحب الحق، غير أن الغير محل الحماية لا يعدم صفة الأجنبية ذلك أن هذه للصفة، هي مناط اعتباره (غيراً) وقد توصلت هذه الدراسة إلى أن الغير محل الحماية وإن كان طرفاً في التصرف إلا أنه أجنبي عن الوضع الظاهر القائم في ممارسة شخص مكناات ومزايا مركز ليس له مما يؤدي إلى انخداع الغير بصفته مما يدفعه إلى التعامل معه، كما أن الغير وإن كان قد دخل طرفاً

في تصرف مع أحد أطراف الصورية، فهو أجنبي عن الصورية ذاتها وهو ما يبرر حمايته.

٥- لقد توصلت الدراسة إلى أن الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية ليس واحداً، فهو يختلف باختلاف صورة التنازع بين الغير حسن النية وصاحب الحق فإذا كان التنازع بين صاحب الحق المستند إلى مركز قانوني والغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي، فإن أساس حماية الغير حسن النية هو نظرية الأوضاع للظاهرة.

حيث توفر هذه النظرية مبررات حماية الغير حسن النية وذلك بانخداعه بظاهر المتعامل معه مما يدفعه إلى إجراء هذا التعامل، بيد أن اللجوء إلى فكرة الأوضاع للظاهرة كأساس لحماية الغير حسن النية يتطلب توافر شروط لا بد من اجتماعها معاً حتى يكون الغير جديراً بالحماية، ولقد أوضحت الدراسة أن توافر هذه الشروط يتجاذبه تياران، يقضي الأول بالاكتماء بتوافر الركنين المادي والمعنوي للظاهر، بحيث يقتصر الركن المادي على وجود الظاهر المستقر الناشئ عن وجود شواهد وعلامات خارجية تؤدي إلى الاعتقاد بأن من يتعامل مع الغير هو صاحب الحق في حين يرى التيار الثاني أن الركن المادي بالمعنى السابق لا يكفي بل لا بد أن يكون صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلباً أم إيجاباً في نشوء الركن المادي وفي ظهور شخص ما بمظهر صاحب الحق.

ولقد انحازت الدراسة إلى التيار الثاني وقدمت المبررات والمسوغات لتبني هذا الرأي وأقامت الدلائل من خلال الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية على أن الركن المادي للظاهر لا بد أن يكون ناشئاً بقدر معين عن خطأ صاحب الحق السلبى أو الإيجابى.

لما إذا كان التنازع بين مركز الغير حسن النية المستند إلى تصرف قانوني ومركز صاحب الحق القانوني أيضاً، فقد توصلت الدراسة إلى أن الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية،

يتمثل في حسن نيته فضلاً عما يتصاغر مع هذا الاعتبار اللجوء إلى مبرر واقعي لحماية يتمثل بضرورة الحفاظ على استقرار التعامل، كما توصلت الدراسة إلى أن الأساس القانوني لحماية الغير حسن النية من آثار الصرفات الصورية، يتمثل بالصورية ذاتها، حيث قدمت الدراسة الأسباب والأسانيد والمبررات الداعية إلى ذلك.

٦- خلصت الدراسة إلى أن حماية الغير حسن النية في إطار القانون المدني الأردني قد اعتورها النقص والقصور في العديد من المظاهر، فقد اقتصر المشرع الأردني في حمايته للغير حسن النية المتعامل مع الوكيل الطاهر على حالة انقضاء الوكالة وانعدامها، فلم يُدخل في إطار الوكالة للطاهرة، الوكالة التي تجاوز بها الوكيل حدود وكالته على الرغم أن هذا الفرض هو الأكثر شيوعاً والغالب الوقوع في الحياة العملية. كما صيق المشرع المدني من نطاق الوكالة الطاهرة حتى في حالة انقضاء الوكالة إذا اشترط لحماية الغير أن يكون هو والوكيل المتعامل معه حسني النية، بأن يكون الوكيل غير عالم بانقضاء وكالته وقت إحراء التصرف، ولعل اشتراط حسن النية للوكيل من شأنه أن يؤدي إلى ندرة إضفاء الحماية على الغير حسن النية، حيث أن الغالب أن يكون الوكيل عالم بانقضاء وكالته، خاصة إذا كان سبب انقضاء الوكالة عائد له أو إذا انقضت الوكالة بعرضه أو بإفلاس الموكل (الأصيل).

وفي نطاق الملكية الطاهرة، فقد جعل المشرع الأردني حيازة الحائز حسن النية للمنفقول قرينة على الملكية معتبرا إياها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فلا يكون أمام المالك الحقيقي سوى إثبات ملكيته للمال المنقول حتى يسترده من الحائز حسن النية، في حين اتبع المشرعان المصري والسوري منهجاً مختلفاً حيث اعتبروا حيازة الغير حسن النية للمنفقول قرينة على السبب الصحيح، وهو ما يؤدي إلى صعوبة مهمة المالك الحقيقي في استرداد منفوله إذ يتعين عليه إثبات عدم صحة سببه انتقال حيازة المنقول للغير.

وفي إطار حيازة المنقول، فقد جمعت التشريعات المدنية للمقارنة (قاعدة الحيازة في المنقول منذ الحائز) ذات أثر مزدوج، مكسب ومسقط، وهذا الأثر يعد أثراً عاماً ينطبق على جميع الحالات التي يتم فيها الاستناد لهذه القاعدة، في حين اقتصر المشرع الأردني على الأثر المكسب لقاعدة الحيازة في المنقول منذ الحائز ونص على الأثر الممسقط لها في حالات قليلة.

٧- توصلت هذه الدراسة إلى اتساع نطاق حماية الغير حسن النية في القوانين المدنية المقارنة عنها في القانون الأردني، إذ نصت التشريعات المدنية في كل من مصر وسوريا والعراق على فكرة الدائن الظاهر في حين خلا التشريع للمدني الأردني من هذه الفكرة، كما يمكن اللجوء والاستناد إلى نصوص عديدة في القانون المدني للمصري والسوري وقانون السجل العقاري في كل منهما للقول بأخذهما بفكرة الوارث الظاهر كما كرس القضاء المصري نظرية الأوضاع الظاهرة كنظرية عامة واجبة الأعمال لحماية الغير حين النية متى توافرت شرائط تطبيقها وموجبات إعمالها، أما في القانون الأردني فلا نجد تطبيقاً لفكرة الوارث الظاهر على الرغم من تصور وقوعها في الميدان العملي بصورة واسعة، كما رفض قضاء محكمة التمييز هذه الفكرة.

٨- توصلت هذه الدراسة إلى أن مفهوم الغير في نطاق الصورية لا يقتصر على العنتين اللتين حددتهما التشريعات المدنية المقارنة والمتمثلتين بالدائنين والخلفاء الخاصين للمتعاقدين السوريين بل يشمل مفهوم الغير كلا من الشفيع والمنفع من عقد الاشتراط السوري.

٩- حددت الدراسة وبصورة غير مسبقة - ضوابط ومحددات حماية الغير حسن النية المستند إلى مركز قانوني، سواء في حالة اكتساب الغير حسن النية حقاً على أموال التركة

للمدينة أو في حالة اكتساب الغير حقاً على المال المرهون في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

هذه هي أبرز ملامح ونتائج وخلصات هذه الدراسة التي من خلالها يمكن رسم ملامح ومعالج نظرية عامة لحماية الغير حسن النية في نطاق القانون المدني الأردني، وحتى نكتمل معالم هذه النظرية بالصورة التي نتوخاها الدراسة ونرى أنها تحقق توازناً كاملاً فيما بين الغير حسن النية وصاحب الحق، فإنها تقدم التوصيات والمقترحات التالية:

لأولاً: تعديل نص المادة (١١٤) من القانون المدني الأردني بحيث يصبح "إذا كان من تعاقد مع النائب بجهل وقت إبرام العقد، انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه يضاف إلى الأصل أو خلفائه".

والغاية من هذا التعديل جعل حماية الغير حسن نية ممكنة في كافة حالات انقضاء الوكالة سواء ما تعلق منها بالموكل أو بالوكيل أو بالوكالة ذاتها.

ثانياً: مد نطاق الوكالة الظاهرة لتشمل الحالات التي يتجاوز فيها الركيل حدود وكالته، وذلك بإيراد نص تشريعي يقرر ذلك، حيث أن تجاوز الوكيل حدود وكالته هو الميدان الخصب لحماية الغير حسن النية، لأن التجاوز في أغلب الأحيان يمكن رده إلى خطأ الموكل المتمثل بإعطاء وكالة بالفاظ مرنة أو غامضة أو بإعطاء وكالة على بياض.

ثالثاً: إيراد نص تشريعي يكفل حماية الغير حسن النية من الأثر الرجعي للبطلان والفسخ والعقد الموقوف في حالة عدم إجازته، وعدم الإقتصار على الاستثناءات القليلة الواردة في القانون المدني بعدما ثبت عدم كفايتها.

رابعاً: دعوة المشرع المدني إلى محاكاة التشريعات المدنية المقارنة في توسيع نطاق حماية الغير حسن النية المتعامل مع المالك الطاهر، وذلك بالنص على حماية الغير حسن النية

المتعامل مع خلف المدين الذي أقيمت عليه دعوى عدم نفاذ التصرف، وبالشروط التي أوردتها تلك التشريعات والنص على حماية الغير حسن النية المتعامل مع الوارث الظاهر والموصى له الظاهر.

خامساً: النص على حماية للغير حسن النية المتعامل مع الدائن للظاهر أسوة بما قرره التشريعات المدنية المقارنة، خاصة وأن فكرة الدائن الظاهر تشمل الوارث الظاهر، فضلاً أنها تضمن الحلولة دون قيام المدين بوفاء الدين مرتين، وعدم للنص على ذلك يسؤدي إلى هذه النتيجة، دون أي مراعاة لحسن نية المدين.

سادساً: تعديل نص المادة ٢/١٨٩ من القانون المدني بحيث تصبح "وتصبح الحيازة بذاتها قرينة على السبب الصحيح ما لم يثبت غير ذلك".

والهدف من ذلك تقوية موقف الحائز حسن النية في مواجهة المالك الحقيقي.

ثامناً: مسايرة للتشريعات المدنية المقارنة بتقصير مدة التقادم المكسب للعقار إلى خمس سنوات إذا كانت حيازة الحائز تستند إلى سبب صحيح وحسن نية وتعديل نص المادة (١/١١٨٢) لتحقيق هذه الغاية.

تاسعاً: دعوة محكمة التمييز إلى إعطاء نفسها دوراً إنشائياً، وذلك بإضفاء الحماية على الغير حسن النية إذا ما نهضت إلى جانبه المبررات الداعية إلى ترجيح مركزه، والأخذ بعين الاعتبار مسلك محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص والتي جعلت من نظرية الأوضاع الظاهرة واجبة الأعمال إذا توافرت شرائط تطبيقها وموجبات أعمالها، فيكون الاستناد إليها لحماية الغير حسن النية مبرراً ووجيهاً دون الحاجة إلى نص تشريعي يقرر هذه الحماية.

عاشراً: استحداث فقرة ثالثة للمادة (١١٨٩) من القانون المدني تجعل لقاعدة (الحيازة في

المنقول سند الحائز) لثراً مزدوجاً، مكسباً للحق في المنقول ومسقطاً للحقوق والتكاليف المحمل بها.

ونقترح أن يكون النص مماثلاً لما جاء في المادة (٢/٩٢٧) من القانون المدني السوري والذي مفاده "إذا كان حسن النية و السبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتبار الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منهما".

وبهذه التوصيات، فإننا نرى، بأن معالم نظرية عامة لحماية الغير حسن النية قد انتصحت، سائلين المولى -جل وعلا- أن يفيض لهذه النظرية من يتممها ويسد ما شاب هذه الدراسة من نقص أو اختلال.

تمت بحمد الله

المراجع

أولاً: المؤلفات العامة والخاصة

١. إدوارد عيد
 - الشركات التجارية، بيروت، ١٩٦٩.
 - الإسناد التجارية، مطبعة النجوى، بيروت، ١٩٦٦.
٢. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، القاهرة ١٩٦١.
٣. أنثم الخولي، دروس في الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٦.
٤. أنكرم ياملكي، الأوراق التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.
٥. أنور الصروسي، التعليق على نصوص القانون المسدني المعدل، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية بدون سنة نشر.
٦. توفيق حسن فرج
 - التأمينات الشخصية والعينية، المكتب العربي للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٩.
 - النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة نشر.
٧. جلال العدوي، أحكام الالتزام، الدار الجامعية للكتاب، الإسكندرية، ١٩٨٠.
٨. جمال مرسى بدر، النيابة في التصرفات القانونية، الهيئة العامة للمصرية للكتاب القاهرة، ١٩٨٠.
٩. جميل عبد الباقي الصغير، النظرية العامة للعقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٠.
١٠. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، الجزء الأول، بغداد، ١٩٦٤.
١١. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.

١٢. حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية، الجزء التاسع والأربعون، شرح القانون المدني الأردني ١٩٨٠.

١٣. خميس خضر، العقود المدنية للكبيرة، البيع دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.

١٤. رمضان أبو السعود

• أحكام الالتزام في القانون المدني المصري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ١٩٩٨.

• الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ١٩٨٩.

١٥. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، العمل الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة ١٩٩٦.

١٦. سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، مؤسسة البدار للطباعة، بيروت، ١٩٩٧.

١٧. سعيد مبارك، الحقوق العينية الأصلية، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣.

١٨. سليمان مرقس

• الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

• عقد البيع، القاهرة، ١٩٨٢.

• التأمينات العينية، القاهرة، ١٩٥٩.

• الوافي في شرح القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام العامة، القاهرة، ١٩٩٢.

١٩. سميحة القليوبي

• للشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

- عمليات البنوك والأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- ٢٠. سمير تناغو، التأمينات العينية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٢.
- ٢١. شفيق الجراح، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع، المطبعة التعاونية، دمشق، ١٩٨٦.
- ٢٢. صبري خاطر، الغير عن العقد، الطبعة الأولى، مكتبة دار للثقافة، عمان، ٢٠٠١.
- ٢٣. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، المطبعة الأولى، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣.
- ٢٤. عبد الرحمن جمعة، بيع ملك الغير، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ١٩٩٨.
- ٢٥. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٢.
- ٢٦. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٢٧. عبد الرزاق السنهوري
- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.
- الوسيط، الجزء الثاني، آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.
- الوسيط، الجزء الرابع، المجلد الأول، عقد البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.
- الوسيط، الوسيط، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.

• الوسيط، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.

• الوسيط، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٧.

٢٨. عبد السلام ذهني، التسجيل وحماية المتعاقدين والغير، القاهرة، ١٩٢٦.

٢٩. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

٣٠. عبد القادر الفار، شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٨٧.

٣١. عبد المنعم الهدراوي، مصادر الالتزام، ط١، القاهرة، ١٩٧٥.

٣٢. عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

٣٣. عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.

٣٤. علي العبيدي، الحقوق العينية في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.

٣٥. علي الفهوجي، قانون العقوبات، القسم العام، لدار الجامعية للكتب، الإسكندرية، ١٩٩٤.

٣٦. فتحة قره، أحكام الوصع الطاهر، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.

٣٧. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩١.

٣٨. مأمون الكزبري، الصورية في الحقوق المدنية، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٢.

٣٩. محسن عبد الحميد النبيه، نظرية الوارث الطاهر، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٣.
٤٠. محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار المطبعة العربية، القاهرة ١٩٥٦.
٤١. محمد حسني عباس، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
٤٢. محمد الزعبي، شرح عقد البيع في القانون الأردني، الطبعة الأولى، ١٩٩٣.
٤٣. محمد عبد اللطيف، التناقص المكسب والمسقط، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٦٦.
٤٤. محمد عدلي أمير خال، تملك العقارات بالتناقص للتصير، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
٤٥. محمد علي عمران، أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، ط١، المكتبة الوطنية، بنغازي، بدون سنة نشر.
٤٦. محمد طه للبشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، الطبعة الثانية، مطبعة الصافي بغداد، ١٩٧٧.
٤٧. محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الحقوق العينية الأصلية، القاهرة، ١٩٥٢.
٤٨. محمد وحيد الدين سوار
- الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
 - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر.

• شرح للقانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية ٢، وأسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.

• شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الحياة، دمشق، ١٩٧٧.

٤٩. محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، بنون سنة نشر.

٥٠. محمود جمال الدين زكي، التأمينات العينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٩.

٥١. محمود الكيلاني، شرح القانون التجاري الأردني، والأوراق التجارية، عمان، ١٩٩٠.

٥٢. مصطفى الجارحي

• فسخ العقد، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨.

• أحكام الظاهر في السجل العيني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.

٥٣. مصطفى الزرقاء، نظرية الالتزام للعام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام في ذاته، مطبعة دار الحياة، دمشق، ١٩٦٤.

٥٤. منصور مصطفى منصور

• التأمينات العينية، للطبعة الأولى، الطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٣.

• الحقوق العينية الأصلية، القاهرة، ١٩٥٨.

٥٥. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، الجزء الثاني،

أحكام الالتزام، مطبعة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٢.

٥٦. نعمان خليل جمعة، أركان الطاهر كمصدر للحق، معهد الدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

٥٧. همام محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٧.

٥٨. ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني دائرة على مصادر الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.

ثانياً: الرسائل الجامعية والأبحاث والمقالات

٥٩. أحمد إبراهيم، التركة والحقوق المتعلقة بها والميراث، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية عشرة.

٦٠. أحمد مرزوق، الصورية في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٧.

٦١. أنور دبور، ماهية مرض الموت وتأثيره على التصرفات بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد الثاني، ١٩٨٨.

٦٢. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٣.

٦٣. جوني مرزوقة، الصورية، مقوماتها وآثارها، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ١٩٩٨.

٦٤. حبلر محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، معهد بن عكنون، جامعة الجزائر، ١٩٨٨.

٦٥. حسن الذنون، للنظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٤٦.
٦٦. زليخة لحميم، إنشاء الرهن الرسمي وانقضاؤه، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ١٩٩٥.
٦٧. سالم الدحدوح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثره في البيع العقاري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٧.
٦٨. سعودي سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٦.
٦٩. السيد بدوي، حول نظرية مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩.
٧٠. عبد الباسط الجميعي، الوكالة للظاهرة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للصادرة من جامعة عين شمس ١٩٦٤.
٧١. ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد الأول.
٧٢. مجدي عز الدين يوسف، الأساس القانوني للموظف الفعلي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٨.
٧٣. محمد الحراحشة، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، رسالة ماجستير، جامعة بابل، ١٩٩٩.
٧٤. محمد الزعبي

- مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين، السنة الخامسة والثلاثين، عمان، ١٩٨٧.
- قيود سجل الأراضي الأردني نتيجة التسوية، بحث منشور في مجلة دراسات الصادرة عن الجامعة الأردنية، العدد الثالث، ١٩٨٦.
- ٧٥. مفلح القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٦.
- ٧٦. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٣.
- ٧٧. نوري خاطر، الأثر الرجعي للتصرف القانوني، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٨٦.

ثالثاً: الإصدارات القضائية المتخصصة:

- ٧٨. مجلة نقابة المحامين الأردنيين.
- ٧٩. المحامي إبراهيم أبو رحمة، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية.
- ٨٠. المحامي عبد المنعم حسين، المدونة الذهبية للقواعد القانونية، القاهرة، ١٩٩٤.
- ٨١. عبد الحكيم فودة، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجزائية، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- ٨٢. محمد شتا أبو سعد، الصورية في ضوء قضاء النقض، القاهرة، ١٩٨٣.
- ٨٣. مصطفى هرجة، الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩١.

**Protection of The Good Faith Third Party
in Jordanian Civil Law
"Comparative Study"**

**Prepared by
Hassan Al-Majali**

**Supervised by
Dr. Ghazi Abu Orabi**

The protection in this study is the protection of the good faith third party against another person called the claimant. When the former has gained a right to his property or the creditor is a transaction to which the former is a party.

The effect of the good faith third party diversifies between the loss of the claimant of his property in question and the competition with the creditor for his right to the property.

Protection of the good faith third party is based, in all cases, on contention. It is raised only when the right of such party collicts with another right equivalent or stronger.

The study shows that such contention is of two sides. On one hand, it is between the right of the claimant which is based on a legal status and the right of the good faith third party which is based on a real status. On the other hand, it is between the legal status of the claimant and also the legal status of the good faith third party.

Since the right which is based on a real status can not stand in the face of the right protected by the law, preference of the right of the good faith third party although it is based on a legal basis.

Therefore, the study has raised the theory of the apparent status for being a legal basis for the protection based on a real status of the good faith third party. This theory defines the real status of the apparent agent who acts on behalf of another person without an authorization, or of the apparent claimant who has never owned the property.

In view of the fact that the protection of the good faith third party raised in all respects, contention between law and reality, it is not regarded as a general rule in civil law. However, the civil law legislator has used it in some cases only as an exception. Such exception is attributed to the retroactive effect of nullification, dissolution, suspended contract, etc...

It also leads to limiting such retroactive effect which would harm the rights of the good faith third party if exercised.

Such exception is based on the some principals such as the power of will, the relativity of contract effects, and non-application of legal disposal. The protection of the good faith third party leads not to taking the will of the claimant into account.

In Jordan civil law, protection of the V has several aspects. The civil legislator has given the third party the protection against the apparent agent and claimant as well as against the effects of formal disposal. The legislator has also given protection to the third party with the legal status.

The study has also showed that the rules for the protection of the good faith third party in Jordan civil law is limited compared with the Egypt, Syria and Iraqi civil laws.

The study has concluded with recommendations for amending some provisions in the civil law and adding new materials in order to make as much equilibrium as possible between the right of the good faith third party and who ever contends him whether he is a claimant of a creditor.